



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA NOCIÓN DE AGENTE DE FACTO Y LOS TEST DE CONTROL
EN LOS CASOS TADIC Y BOSNIA – HERZEGOVINA CONTRA
SERBIA.

TESIS

Que para obtener el grado de licenciado en derecho
presenta:

Jorge Aviles Cerezo

Asesor: Dr. Guillermo Enrique Estrada Adán



Distrito Federal, Ciudad Universitaria, 2015.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECCIÓN GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
PRESENTE

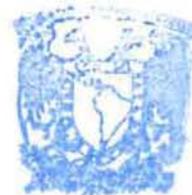
El alumno **AVILES CEREZO JORGE** con número de cuenta **410068498** inscrito en el Seminario de Derecho Internacional bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada **"LA NOCIÓN DE AGENTE DE FACTO Y LOS TEST DE CONTROL EN LOS CASOS TADIC Y BOSNIA-HERZEGOVINA CONTRA SERBIA"** dirigida por el **DR. GUILLERMO ENRIQUE ESTRADA ADÁN** investigación que, una vez revisada por quien suscribe, se aprobó por cumplir con los requisitos reglamentarios, en la inteligencia de que el contenido y las ideas expuestas en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad de su autor, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes y la fracción II del artículo 2º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20 y 28 del vigente Reglamento General de Exámenes Profesionales, solicito de usted ordene la realización de los trámites tendientes a la celebración del examen profesional del alumno mencionado.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes, contados de día a día, a partir de aquél en que le sea entregado el presente oficio, con la aclaración de que, transcurrido dicho plazo sin haber llevado a efecto el examen, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que sólo podrá otorgarse nuevamente, si el trabajo recepcional conserve su actualidad y en caso contrario hasta que haya sido actualizado, todo lo cual será calificado por la Secretaría General de la Facultad.

ATENTAMENTE.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, a 3 de noviembre de 2015

DRA. MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA
DIRECTORA DEL SEMINARIO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

“Desvarío laborioso y empobrecedor el de componer bastos libros; el de explayar en quinientas páginas una idea cuya perfecta exposición oral cabe en pocos minutos.”

Jorge Luis Borges, Ficciones.

“Mientras ellos escribían y discurseaban, nosotros veíamos hospitales, moribundos; mientras ellos proclamaban el servir al Estado como lo más excelso, ya sabíamos nosotros que el miedo a morir es mucho más fuerte.”

Erich María Remarque, Sin novedad en el frente.

“-¿Qué quieres saber ahora? -pregunta el guardián-. Eres insaciable.

-Todos se esfuerzan por llegar a la Ley -dice el hombre-;

¿cómo es posible entonces que durante tantos años nadie más que yo pretendiera entrar?

El guardián comprende que el hombre está por morir, y para que sus desfallecientes sentidos perciban

sus palabras, le dice junto al oído con voz atronadora:

-Nadie podía pretenderlo porque esta entrada era solamente para ti. Ahora voy a cerrarla.”

Franz Kafka, Ante la ley.

*A cada una de las víctimas de
la pasividad internacional*

*A mi familia, por acompañarme en la
lucha contra mis peores miedos.*

*A Enrique Aviles, † Rodolfo Cerezo, †
grandes hombres. In memoriam.*

* * *

Agradecimientos

Hace más de 2300 años en Atenas tuvo lugar una conversación entre Sócrates y Lysis que llega a nuestros días gracias a Platón. En la conversación Sócrates preguntó “tu padre y tu madre te quieren mucho; ¿no es así?”. “Mucho”, contestó Lysis. “Entonces, tu padre y tu madre, si te aman verdaderamente y quieren tu felicidad, deben hacer los mayores esfuerzos por hacerte dichoso”, afirmó Sócrates. “Es claro”, contestó tajantemente Lysis. “¿Te dejan hacer todo lo que quieres, sin regañarte nunca ni impedirte obrar a tu capricho?” dudó Sócrates. “¡Por Zeus!, sucede todo lo contrario; me impiden hacer muchas cosas, Sócrates”, fue la indignada respuesta del joven. Además de que sus padres le impedían hacer muchas cosas, estaba rodeado de pedagogos que hacían lo mismo.

La conversación siguió y tras largo rato Sócrates afirmó “Si te haces útil, querido mío, todo el mundo te amará, todo el mundo se unirá a ti por cariño [...] Si no, no tendrás un amigo; ni tu padre, ni tu madre, ni tus parientes, ni ningún hombre te amaran. Y Dime, ¿es posible ser orgulloso cuando no se sabe nada, Lysis?”. “Eso puede ser”., contestó. “Y si tienes necesidad de un maestro es prueba de que no sabes mucho”, fue la afirmación socrática. “Si” contestó de manera natural el joven. “Por consiguiente tú no eres orgulloso, puesto que no eres un sabio” afirmó Sócrates. “No, ¡Por Zeus!, [...] no creo serlo” asintió Lysis. De esta forma Sócrates le enseñó a ese noble joven el valor de la modestia y la humildad.

Al igual que con Lysis, mis padres, me impidieron hacer muchas cosas. Algunas de ellas: abandonar la universidad, regresarme de París en un momento de desesperación y cambiarme de carrera. Antonio Aviles y Petra Cerezo, sólo les puedo decir gracias. Gracias porque no sólo me impidieron tomar malas decisiones, sino que también, en la medida de sus posibilidades, me proporcionaron a los mejores pedagogos. ¡Saben qué tan lejos estoy de ser sabio!

De igual forma, gracias a los profesores que a lo largo de mi vida se encargaron brindarme las herramientas para poder escribir estas líneas. Todos han dejado una marca en mí. Merecen una mención especial: German Sandoval Trigo, por inculcarme el amor por la teoría; Guillermo Estrada por su ayuda, comentarios e ideas al escribir esta tesis; Rodrigo Gutiérrez, de quien aprendí la importancia de orientar las investigaciones al beneficio social; y Antonio Casares Carrillo que, sin ser profesor, se ha convertido en mi maestro en la práctica.

Gracias a la Universidad Nacional Autónoma de México porque en sus aulas tuve acceso a grandes profesores y porque esta ilustre institución me brindó los medios para estudiar un semestre de intercambio en Europa. Gracias *al Institut d'Études Politiques de Paris* y a la *Fondation National des Sciences Politiques (Sciences Po)* porque fue en sus aulas donde se concibió la idea que en esta tesis se desarrolla.

De regreso a nuestro repaso de la conversación entre Sócrates y Lysis, antes de que el filósofo se retirara de la palestra, se acercó Menexenes quien era el mejor amigo de Lysis. Entonces el filósofo afirmó “[...] yo preferiría un amigo a todo el oro de Darío, y a Darío mismo; ¡tan apetecible y tan digna me parece la

amistad! Y me llama la atención una cosa y es que siendo Lysis y tú tan jóvenes, hayáis tenido la fortuna de adquirir un bien tan grande [...]” Así, con la característica ironía socrática se encaminan en una conversación con la firme intención de encontrar la naturaleza de la amistad. Después de largo rato y tras varios ejemplos Sócrates dijo a ambos jóvenes “Si los dos sois amigos, el uno del otro, es porque existe entre vosotros una conveniencia natural.” “Sí muy grande” fue la respuesta de ambos. “Por lo tanto, –continuó Sócrates–, mis queridos jóvenes, si alguno desea o ama a otro, jamás podría desearle, ni amarle, ni buscarle, si no encontrase entre él y el objeto de su amor alguna conveniencia o afinidad de alma, de carácter o de exterioridad.” Esa parecía ser la conclusión de la conversación, tras nuevas preguntas de Sócrates, se desmoronó.

Personalmente, al igual que Lysis y Menexenes, pude construir un tesoro tan grande e invaluable con varias personas a lo largo de mi vida. No lo cambiaría por nada. Seguramente, tampoco podré encontrar la naturaleza de esa amistad; pero estoy seguro de que sin mis amigos la vida sería muy diferente.

Gracias a Elba Gutiérrez y Felipe Gurrola porque sin ustedes el intercambio en París no hubiera sido una realidad, en cada momento difícil siempre estuvieron para ayudarme; son un gran ejemplo, las conversaciones con ustedes siempre fueron, son y serán tan enriquecedoras. Merecen todo mi reconocimiento Antonio Ruiz y Rubén Álvarez, por su gran amistad a lo largo de los años; Diego y Eduardo, porque mi vida sería muy diferente sin su amistad y sus palabras a lo largo del último año; Claudia, Karen Sofía, Karen Carrillo y Diana Díaz, por su apoyo incondicional; y, todos lo que pasaron por el Equipo de

Naciones Unidas cuando fui parte de él, de alguna manera me ayudaron a madurar.

Gracias a Alma Rosa, Betsy y Antonio, porque además de ser mis amigos, son mis hermanos y, en todo momento, mi motivo de lucha. Gracias a Francisca Aviles, Rodolfo Cerezo y a mis abuelos por su apoyo en todo momento.

Gracias a Mayra porque, a pesar de todo, admiro tu valentía y madurez.

Índice

| | |
|---|----------|
| Introducción | 1 |
| 1. La guerra de los Balcanes como punto de quiebre en el derecho internacional contemporáneo..... | 7 |
| 1.1. El proceso de desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia..... | 8 |
| 1.1.1. Violaciones al derecho internacional humanitario..... | 12 |
| 1.1.2. La política de “depuración étnica”..... | 17 |
| 1.2. Creación del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia. | 18 |
| 1.2.1. La base jurídica del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el propósito de mantener la paz y seguridad internacionales..... | 20 |
| 1.2.2. La jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y de la Corte Internacional de Justicia..... | 23 |
| 1.3. Naturaleza del conflicto y derecho aplicable..... | 25 |
| 1.3.1. Las partes en conflicto y la complejidad para determinar la naturaleza del conflicto armado..... | 27 |
| 1.3.2. Conflicto armado internacional y conflicto armado no internacional..... | 28 |
| 1.3.3. La responsabilidad internacional, el derecho internacional humanitario y los agentes de facto..... | 32 |

| | |
|--|-----------|
| 2. La noción de agente de facto y el control global en el caso Fiscal contra Duško Tadić..... | 39 |
| 2.1. Consideraciones preliminares..... | 40 |
| 2.1.1. Violaciones al Derecho Internacional Humanitario en el distrito (<i>opština</i>) de Prijedor..... | 41 |
| 2.1.2. Sentencia de primera instancia..... | 46 |
| 2.2. La sentencia de la Sala de Apelaciones y la Noción de Control Global: innovación en la atribución de la conducta..... | 52 |
| 2.2.1. Atribución de la conducta al Estado como problema central y preliminar..... | 54 |
| 2.2.2. Los problemas del test aplicado en el caso Nicaragua señalados por la Sala de Apelaciones..... | 58 |
| 2.2.3. Los estándares de control sostenidos por la Sala de Apelaciones y la contradicción Nicaragua – Tadić..... | 61 |
| 2.3. La atribución de la conducta del ejército de la República Sprska a la República Federal de Yugoslavia..... | 66 |
| 3. La Noción de agente de facto y el control efectivo en el caso Bosnia Herzegovina contra Serbia..... | 69 |
| 3.1. Interpretación de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” y análisis de los hechos en Srebrenica a la luz de la misma..... | 71 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.1. Del deterioro de la situación humanitaria a la caída de la zona segura de Srebrenica. | 74 |
| 3.1.2. Del <i>actus reus</i> exigido por la Convención: la matanza de miles de hombres musulmanes. | 79 |
| 3.1.3. Del <i>dolus specialis</i> exigido por la Convención: la negación del derecho de los musulmanes de Srebrenica a existir. | 81 |
| 3.2. El problema de la atribución de los hechos en Srebrenica a Serbia: profundización de la contradicción Nicaragua – Tadic. | 83 |
| 3.2.1. República Sprska y sus fuerzas armadas como órganos de la República Federal de Yugoslavia. | 84 |
| 3.2.2. Profundización de la contradicción Nicaragua – Tadic. ... | 86 |
| 3.2.3. Consecuencias de la aplicación del control efectivo. | 93 |
| Conclusiones..... | 96 |
| Bibliografía y Hemerografía. | 102 |

Introducción

Sir Winston Churchill alguna vez dijo que "los Balcanes producen más Historia de la que pueden consumir". La frase de Churchill estaba por demás justificada. En Sarajevo se atentó contra la vida de Francisco Fernando aquel 28 de junio de 1914 y un mes después inició la Primera Guerra Mundial con el enfrentamiento entre las fuerzas del Imperio Austro – Húngaro y el Reino de Serbia.

En la segunda contienda mundial, los *chetnicks* y *partisanos* – grupos de guerrilleros comunistas y monárquicos – se enfrentaron al ejército nazi y a los *ustasha* – colaboradores croatas de los nazis –. Como resultado, en la zona se presentó un conflicto internacional con raíces étnicas.

Al finalizar la conflagración de 1945 se constituyó la República Federativa Socialista de Yugoslavia, bajo el mando del mariscal Tito. A pesar de haber adoptado el socialismo, esta República marcó su distancia de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y encabezó el movimiento de los países no alineados.

Durante aproximadamente cuarenta años las dificultades internas del país, caracterizado por la pluralidad cultural, étnica y religiosa, fueron solventadas mediante una reforma constante de su régimen constitucional. Hasta antes de la disolución de la República, se pusieron en vigor tres constituciones, en 1953, 1963 y 1974. La fórmula siempre fue la misma: "*por un lado, la represión contra*

los más intransigentes; y, por el otro, el incremento posible de la descentralización política en beneficio de cada una de las repúblicas.”¹

El 4 de mayo de 1980 murió el mariscal Tito y, entonces, los nacionalismos se exacerbaban. Los yugoslavos dejaron de ser yugoslavos y se convirtieron en serbios, croatas, eslovenos, albaneses, musulmanes, bosnios. Los ciudadanos dejaron de ser ciudadanos y se convirtieron en cristianos ortodoxos, católicos, musulmanes. Los seres humanos dejaron de ser humanos y se convirtieron en armas y objetivos de guerra.

A finales de la década de los ochenta, la República Federativa Socialista de Yugoslavia era insostenible y en 1991 la violenta desintegración inició con la Guerra de los Diez Días. La guerra tocó las puertas de Europa y la comunidad internacional poco hizo para impedirla.

Así es como llegamos al punto de partida para esta tesis: el conflicto armado internacional, pero, paradójicamente, también interno y étnico que llevó al fin de la República Federativa Socialista de Yugoslavia.

Personalmente, complementarí­a la frase de Churchill con la afirmación de que la región de los Balcanes, además, produce grandes retos para el derecho internacional. Justo la intención de este trabajo es analizar dos de ellos: por un lado, la clasificación del conflicto y por el otro, fincar responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”. En ambos casos se recurrió a grupos de individuos que no

¹ DIEGO GARCÍA, Emilio de, Los Balcanes ante el siglo XXI, Arco Libros, Madrid, 2001, p. 40.

eran órganos del Estado, para realizar una serie de acciones violatorias del derecho internacional.

La pregunta, ¿Cuál es el grado de control estatal necesario para considerar a un individuo o grupo de individuos como agentes de facto de un Estado?. La respuesta dada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la Corte Internacional de Justicia resultó confusa e incluso contradictoria.

Por un lado, ante la falta de claridad sobre la naturaleza del conflicto que explotó en la zona a principios de la década de los noventa, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia debió determinar si el control ejercido por Serbia sobre las fuerzas de los serbios de Bosnia y la República Sprska era suficiente para considerarlos agentes de facto. De ser así, estaríamos en presencia de un conflicto armado internacional, pues de manera indirecta la República Federal de Yugoslavia hizo uso de la fuerza en contra de Bosnia - Herzegovina.

Por el otro, la Corte Internacional de Justicia debió determinar si el control ejercido por Serbia sobre las fuerzas de los serbios de Bosnia y la República Sprska era suficiente para atribuir conductas violatorias del derecho internacional a Serbia y así fincarle responsabilidad. Ello ocasionó la existencia de criterios contradictorios entre las dos jurisdicciones con sede en la Haya; mismas que serán motivo de análisis en este trabajo. De esta manera, en la presente tesis se examinarán los argumentos de dichas jurisdicciones para aplicar diferentes test de control; entendidos estos como los diferentes grados, niveles o estándares de control o dirección requeridos por el derecho internacional para atribuir una

conducta de una persona o un grupo de personas a un Estado, y así considerarlos como agentes de facto.

A lo largo de las siguientes páginas, amable lector, encontrará un análisis de dos casos paradigmáticos: Tadić y Bosnia – Herzegovina contra Serbia, aunque también se aborda de manera tangencial Nicaragua contra Estados Unidos. Mismos que presentan una tensión con grandes consecuencias en el derecho internacional. En ellos se utilizaron grados de control distintos para determinar cuándo un grupo de personas podría ser considerado agente de facto del Estado.

Por un lado, la Corte Internacional de Justicia al aplicar el test de control efectivo con un requerimiento bastante alto de control o dirección, continuó con la rígida concepción de pensar al Estado desde el canon westfaliano. Por el otro, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, al aplicar el test de control global, abrió la puerta a la existencia de la responsabilidad internacional a través de conductas violatorias del derecho internacional realizadas por el Estado de manera indirecta, pues el nivel de control o dirección requerido es menor.

En este trabajo se propone continuar con la aplicación del test de control global, en aras de preservar los más altos principios del derecho internacional: que los pueblos mantengan la paz y seguridad internacionales, se obligue al respeto de la dignidad del hombre y se fomenten las relaciones de amistad entre los miembros de la comunidad internacional.

En el primer capítulo, se analiza la violenta desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y las violaciones al derecho internacional

humanitario reportadas al Consejo de Seguridad, que motivaron la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Asimismo, se establece el marco jurídico sobre el que versará el análisis de los casos Bosnia – Herzegovina contra Serbia y Tadić.

En el segundo capítulo, se analiza el caso Tadić a la luz del derecho internacional humanitario y el derecho de la responsabilidad internacional para la determinación de los agentes de facto del Estado. En este caso la Sala de Apelaciones utilizó un grado de control distinto requerido en el caso Nicaragua contra Estados Unidos, para considerar a la República Sprska y sus fuerzas armadas como agentes de facto de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. Para determinar las razones por las que se recurrió al test de control global, se analiza el caso Tadić a la luz del razonamiento en el caso Nicaragua contra Estados Unidos.

Finalmente, en el tercer capítulo se analiza el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia – Herzegovina contra Serbia, para determinar el grado de control estatal requerido para considerar a la República Sprska y a sus fuerzas armadas como agentes de facto de Serbia. Ante la controversia fijada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadić, en este capítulo el análisis será a la luz de los casos Nicaragua contra Estados Unidos y Tadić.

Por último, estimado lector, para facilitar la lectura que se realice de esta tesis, en las notas al pie podrá encontrar la traducción de las múltiples citas textuales en inglés realizadas en este trabajo. En caso de que el texto en inglés se encuentre en una nota al pie, éste estará sucedido de su traducción. Al

respecto, vale la pena mencionar que las traducciones han sido realizadas de manera libre por el autor de esta tesis sin la intención de desvirtuar el sentido original de la transcripción.

1. La guerra de los Balcanes como punto de quiebre en el derecho internacional contemporáneo.

Al finalizar el siglo pasado, el derecho internacional desarrollado después de la segunda guerra mundial presentó varios retos. Una vez más los Balcanes eran escenario de un conflicto armado de trascendencia internacional. La República Federativa Socialista de Yugoslavia, integrada después de la segunda guerra mundial por las Repúblicas Populares de Eslovenia, Bosnia – Herzegovina, Croacia, Serbia, Macedonia y Montenegro en pie de igualdad, así como por la provincia de Vojvodina y la región de Kosovo–Metohijan como regiones autónomas integrantes de la República Popular de Serbia,² se desintegró al inicio de la década de 1990 en 5 nuevos Estados. Esto, no sin antes sufrir uno de los conflictos armados más graves de los últimos años y dejar una serie de problemas en el derecho internacional.

Ante este hecho, la comunidad internacional mostraría sus debilidades más que su fortaleza colectiva. Europa se vería rebasada y los Estados Unidos de América no intervendrían hasta 1995. Se recurrió a la Organización de las Naciones Unidas, sin embargo, ésta se vio inadaptada ante las nuevas circunstancias.

² *Cfr.* Artículo 2 de la Constitución de la República Federal Socialista de Yugoslavia de 1946 en TRIFUNOVSKA, Snezana, ed. Yugoslavia Through Documents From its Creation to its Dissolution, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1994, pp. 224 – 237. Consultado en goo.gl/oTqM2p el 15 de abril de 2015.

Este conflicto enfrentó a diversos grupos étnicos y/o religiosos. Entre otros, a serbios, croatas, eslovenos y musulmanes. Se exacerbó a los nacionalismos y las fronteras de los Balcanes fueron modificadas por la fuerza.

Paradójicamente la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas tendría la misión de proteger la paz, por cierto, una paz inexistente. La Fuerza de la Organización, únicamente cuidó que el conflicto no se extendiera más allá de las fronteras de la ex Yugoslavia, no obstante que al interior, los derechos de las minorías se violentaron a través de políticas como la depuración étnica emprendida por los diversos grupos en conflicto. Una política que, más que consecuencia del conflicto, era su causa.³

Esta situación generó en la comunidad internacional y las organizaciones internacionales la necesidad de interpretar conceptos como agente de facto o test de control, en un conflicto armado con un contexto completamente distinto a la conflagración de 1939 – 1945 y a los conflictos desarrollados durante la guerra fría.

1.1. El proceso de desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia.

El inacabado proceso de desmembramiento de la República Federativa Socialista de Yugoslavia comenzó de manera formal el 25 de junio de 1991, cuando la República Socialista de Eslovenia declaró su independencia. Lo que obligó al Ejército Popular de Yugoslavia a entrar en conflicto con la Defensa

³ Cfr. SOREL, Jean – Marc, L'accord de paix sur la Bosnie Herzégovine du 14 décembre 1995: une traité sous bénéfice d'inventaire," en Annuaire Français de Droit International, Vol. 41, 1995, pp. 69 y 70.

Territorial de esta República.⁴ A este conflicto, sin mayor trascendencia en el tiempo, se le conoce como la Guerra de los Diez Días.⁵

De manera paralela, el 25 de junio de 1991, la República de Croacia declaró su independencia. Así, se agravó la tensión entre la población de mayoría croata y la minoría serbio – croata y se produjo un conflicto que duraría hasta diciembre de 1995 y terminaría parcialmente⁶ con los Acuerdos de Dayton. Posteriormente, el 8 de septiembre de 1991, Macedonia se independizó sin oposición alguna de la República de Serbia.⁷

Quizás los enfrentamientos más fuertes, se dieron en la República de Bosnia – Herzegovina,⁸ cuya independencia fue reconocida el 6 abril de 1992 y dos días después la República Sprska se declaró independiente.⁹ Aunque en el territorio de esta entidad se tomaron las medidas correspondientes para su separación de la República de Bosnia – Herzegovina con anticipación. Por ejemplo, se crearon consejos municipales que no reconocían la autoridad Bosnia y se organizaron plebiscitos entre los habitantes de la región.

Subsistió la República Federal de Yugoslavia, conformada por la unión de las Repúblicas socialistas de Serbia y Montenegro, que en vano intentó ser el

⁴ Cfr. PETROVIC, Drazen y CONDORELLI, Luigi, “L’ONU et la crise yougoslave”, en Annuaire Français de Droit International, Vol. 38, 1992, p. 32.

⁵ Cfr. PEREA UNCETA, José Antonio, “Las cuestiones sobre Kosovo que no quiso responder el Tribunal de la Haya” en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, Tomo XLIV, 2011, p. 120.

⁶ Cfr. CRAWFORD, James R., The Creation of States in International Law, Oxford University Press, New York, 2 da. ed., 2007, pp. 396 y 397.

⁷ Cfr. PEREA UNCETA, José Antonio, Op. Cit., pp. 119 y 120.

⁸ Cfr. *Idem*.

⁹ Cfr. *Idem*.

Estado sucesor de la República Federativa Socialista de Yugoslavia.¹⁰

Finalmente, cada una de las nuevas repúblicas fue admitida como miembro la Organización de las Naciones Unidas y reconocidas así como nuevos Estados en el siguiente orden:

- Croacia, mediante la resolución A/RES/46/238 del 22 de mayo de 1992 de la Asamblea General y recomendación del Consejo de Seguridad S/RES/753 (1992).
- Eslovenia, mediante la resolución A/RES/46/236 del 22 de mayo de 1992 de la Asamblea General y recomendación del Consejo de Seguridad S/RES/754 (1992).
- Bosnia – Herzegovina; mediante la resolución A/RES/46/237 del 22 de mayo de 1992 de la Asamblea General y recomendación del Consejo de Seguridad S/RES/755 (1992).
- Macedonia, mediante la resolución A/RES/47/225 del 8 de abril de 1993 de la Asamblea General y recomendación del Consejo de Seguridad S/RES/817 (1993).

Tras una nueva solicitud y sin ser el Estado sucesor de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, la República Federal de Yugoslavia fue

¹⁰ S/RES/757 (1992) del 30 de mayo de 1992. No obstante que el Consejo de Seguridad dijo en la resolución S/RES/821 (1993) que “el Estado conocido anteriormente como República Federativa Socialista de Yugoslavia ha dejado de existir”. la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia – Herzegovina contra Serbia estableció, para efecto de su competencia, que la República de Federal de Yugoslavia era Estado sucesor de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, objeciones preliminares, reportes, 11 de julio de 1996, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2015.

admitida el 1 de noviembre del 2000, mediante resolución A/RES/55/12 de la Asamblea General y recomendación del Consejo de Seguridad S/RES/1326 (2000).

Para el reconocimiento de las nuevas repúblicas, la Comunidad Europea formuló las “Directrices para el Reconocimiento de Nuevos Estados en Europa del Este y la Unión Soviética”. En ellos estableció que el reconocimiento de un nuevo Estado requería que el mismo:

- Respetara las disposiciones de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.
- Garantizara los derechos de las minorías.
- Respetara la inviolabilidad de las fronteras.
- Aceptara todos los tratados sobre desarme y no proliferación nuclear.
- Se comprometiera a resolver a través de acuerdos todas las cuestiones relacionadas con la sucesión de Estados.¹¹

El criterio tomado por la comunidad internacional para considerar a estas repúblicas como nuevos Estados, fue la ausencia de un gobierno federal que representara a la totalidad de la población. Por lo tanto, si no existía un gobierno que intentara evitar la separación de las repúblicas de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, ésta se desintegraría; y en cuanto las repúblicas

¹¹ COMUNIDAD EUROPEA, “Declaración de los Doce sobre las Directrices para el Reconocimiento de Nuevos Estados en Europa del Este y la Unión Soviética” del 16 de diciembre de 1991, disponible en <http://bit.ly/1PNWXGJ>, consultado el 21 de octubre de 2015.

constitutivas tuvieran un gobierno, un territorio y una población determinados serían nuevos Estados.¹²

Vale la pena recordar que el reconocimiento de un Estado únicamente tiene efectos declarativos. Es decir, su único objeto es constatar la existencia de un nuevo Estado, sin que ello le otorgue una calidad jurídica que no posea con el simple hecho de tener sus 3 elementos constitutivos – población, territorio y gobierno –.¹³ Esto en razón de que el criterio de mayor aceptación dentro de la comunidad internacional es el denominado criterio de Montevideo¹⁴ que se basa en cuestiones de hecho, más que de derecho. Según este criterio, un Estado será Estado por el simple hecho de tener los elementos antes mencionados y que además tenga la capacidad de entablar relaciones con los otros miembros de la comunidad internacional, es decir, que tenga cierto grado de independencia.¹⁵

1.1.1. Violaciones al derecho internacional humanitario.

El conflicto en la ex Yugoslavia cobró entre doscientas mil y doscientas cincuenta mil muertes, tres millones de refugiados, cincuenta mil víctimas de tortura, y veinte mil casos de violación. Este fue el conflicto más sangriento en Europa después de la segunda guerra mundial. En la República de Bosnia – Herzegovina, se mostró el máximo nivel de destrucción y brutalidad que alcanzó

¹² CRAWFORD, James R., Op. Cit., pp. 396 – 402.

¹³ Cfr. NGUYEN, Quoc Dihn, Droit International Public, 8a. ed. actualizada por Daillier, Patrick, Pellet Alain y Forteau, Mathias, L.G.D.J., París, 2009, p. 621.

¹⁴ Cfr. CRAWFORD, James R., Op. Cit., p. 61.

¹⁵ El artículo 2 de la “Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados” establece que el Estado debe reunir los siguientes requisitos: una población permanente, un territorio determinado, un gobierno y la capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados. Asimismo, el artículo 3 señala que “*la independencia política del Estado es independiente del reconocimiento de los Estados*”.

el conflicto en los Balcanes.¹⁶ Tan sólo el sitio de Sarajevo duró aproximadamente tres años y fue justo en esta república donde se cometió el crimen de genocidio.

A pesar de que en la República Federativa de Yugoslavia bastante tiempo atrás se venía ejerciendo un alto grado de violencia originada por cuestiones nacionalistas, el conflicto armado se suscitó tras las declaraciones de independencia de las repúblicas que integraban a la República Federativa Socialista de Yugoslavia – formalmente el 25 de junio de 1991 con las declaraciones de independencia de Eslovenia y Croacia –.¹⁷ Sin embargo, el Consejo de Seguridad comenzó a ocuparse de la cuestión tras recibir cartas dirigidas al presidente del Consejo de Seguridad de las representaciones permanentes de Austria, Canadá y Hungría ante la Organización de las Naciones Unidas.

La primera resolución del Consejo de Seguridad sobre Yugoslavia es del 25 de septiembre de 1991, en ella, el Consejo se dijo preocupado por los combates en la ex Yugoslavia, reconoce que son una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, encomia los esfuerzos de la Comunidad Europea,¹⁸ establece un embargo sobre las armas a ser entregadas a Yugoslavia y hace un

¹⁶ Cfr. KUTNJAK IVKOVICH, Sanja y HAGAN, John, Reclaiming Justice: The International Tribunal for the Former Yugoslavia and Local Courts, Oxford University Press, New York, 2011, p. 153.

¹⁷ Cfr., *Supra*. apartado. 1.1.

¹⁸ En una primera etapa, el Consejo de Seguridad sólo apoyó los esfuerzos de la Comunidad Europea, bajo el capítulo VIII de la Carta de San Francisco; por ejemplo en las resoluciones S/RES/713 (1991), S/RES/743 (1992), S/RES/752 (1992) y S/RES/757/ (1992), entre otras. Sin embargo, es a partir de las resoluciones S/RES/776 (1992) y S/RES/787 (1992) que el consejo comienza a mostrar su apoyo a la Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia Cfr. PETROVIC, Drazen y CONDORELLI, Luigi, Op. Cit., pp. 33 y 38.

llamamiento al arreglo pacífico del conflicto.¹⁹ Es así como inicia el accidentado tratamiento de la Organización de las Naciones Unidas de este conflicto armado, terminado hasta 1995 con la Paz de Dayton. La labor realizada por la organización, y en especial por el Consejo de Seguridad,²⁰ provocó indignación y desilusión generalizadas entre la opinión pública ante su incapacidad para detener el conflicto.

No obstante que el Consejo de Seguridad en un intento de impedir el agravamiento del conflicto, el sufrimiento de los civiles y las violaciones al derecho internacional humanitario impuso un embargo sobre el comercio de armas con destino a todas las repúblicas de la ex Yugoslavia,²¹ creó la Fuerza de Protección de Naciones Unidas, FORPRONU por su acrónimo en francés,²² prohibió los vuelos militares y civiles en el espacio aéreo de Bosnia – Herzegovina,²³ impuso una serie de sanciones económicas sobre la República

¹⁹ *Cfr.* S/RES/713 (1991), de 25 de septiembre de 1991.

²⁰ La Asamblea General conoció del conflicto – de manera indirecta – y emitió algunas resoluciones, por ejemplo: A/RES/47/147 de 1992, A/RES/48/153 de 1993, A/RES/49/196 de 1994, y A/RES/50/193 de 1995 sobre la situación de los derechos humanos, A/RES/49/205 de 1994 y A/RES/50/192 de 1995 sobre la agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia.

²¹ *Cfr.* S/RES/713 (1991).

²² Mediante la resolución S/RES/743 (1992) del 21 de febrero de 1992 el Consejo de Seguridad decidió establecer una Fuerza de Protección de las Naciones Unidas que estaría bajo su autoridad y que tendría un mandato inicial de 12 meses. Sin embargo, éste se prolongaría hasta el 15 diciembre de 1995, concluido tras la firma de los Acuerdos de Dayton mediante la resolución S/RES/1031 (1995).

²³ *Cfr.* S/RES/781 (1992) del 9 de octubre de 1992. Este embargo no aplicó a los vuelos de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas ni a otros que apoyaran el mandato de ésta, así como a la asistencia humanitaria. La prohibición se amplió a los vuelos civiles, con excepción de los vuelos con carácter humanitario, mediante la resolución S/RES/816 (1993) del 31 de marzo de 1991.

Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro),²⁴ estableció zonas de seguridad en las ciudades de Sarajevo, Tuzla, Zepa, Gorazde, Bihac y Srebrenica,²⁵ e incluso autorizó el uso de la fuerza.²⁶ Nada fue suficiente.

La Comisión de Expertos encargada de examinar las violaciones al derecho internacional humanitario en el territorio de la ex República Federal de Yugoslavia²⁷ en su informe final reportó que “*los crímenes cometidos han sido especialmente brutales y feroces en su ejecución [...] es evidente que el número de víctimas ha sido elevado.*”²⁸ Además afirmó que había evidencia e información significantes sobre las graves violaciones a los Convenios de Ginebra. Entre ellas las prácticas de depuración étnica, agresión y violación sexuales que fueron cometidas sistemáticamente por algunas de las partes en conflicto, por lo que parecían ser el resultado de una política.²⁹

²⁴ Cfr. S/RES/757 (1992) del 30 de mayo de 1992 y S/RES/787 (1992) del 16 de noviembre de 1992.

²⁵ Mediante la resolución S/RES/819 (1993) del 16 de abril de 1993, el Consejo de Seguridad exigió que todas las partes consideraran a Srebrenica como zona segura y libre de ataques armados. En la resolución S/RES/824 (1993) del 6 de mayo de 1993 el Consejo de Seguridad declaró como zonas de seguridad a las ciudades de Sarajevo, Tuzla, Zepa, Gorazde, Bihac y Srebrenica.

²⁶ En las resoluciones S/RES/836 (1993), S/RES/871 (1993) y S/RES/913 (1994) el Consejo de Seguridad autorizó a la UNPROFOR a “adoptar las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza” para cumplir con el mandato encomendado. Cfr. SEGURA SERRANO, Antonio, El Derecho Internacional Humanitario y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2007, p. 33. Consultado en <http://bit.ly/1OyLwi> el 13 de agosto de 2015.

²⁷ Mediante la resolución S/RES/780 (1992) el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General que con carácter de urgencia estableciera una “*Comisión de Expertos encargados de examinar y analizar la información presentada de conformidad con la resolución 771 (1992) [...] junto con cualquier información que la Comisión de Expertos pueda obtener mediante sus propias investigaciones o las actividades de otras personas [...], con el objeto de presentar al Secretario General las conclusiones a las que llegue sobre la evidencia de graves transgresiones de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia...*”

²⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)”, Op. Cit., § 310.

²⁹ Cfr. *Ibidem*, § 313.

De acuerdo con el reporte antes citado, es incuestionable que los grupos en conflicto incurrieron en violaciones graves al derecho internacional humanitario, en términos de los artículos 50 del “Primer Convenio de Ginebra”, 51 del “Segundo Convenio”, 130 del “Tercer Convenio” y 147 del “Cuarto Convenio” de 1949, así como a los artículos 11, párrafo 4 y 85 del protocolo I adicional de 1977,³⁰ con prácticas como:

- Reclusión de civiles;
- Ataques deliberados contra hospitales y ambulancias;
- Impedimentos para la entrega de la ayuda humanitaria;
- Destrucción y devastación del patrimonio histórico y cultural; y
- La depuración étnica.

El 12 de julio de 1995 tras los constantes ataques de las fuerzas de los serbios de Bosnia cayó la ciudad de Srebrenica, más de un año después de que la Comisión de Expertos concluyera su labor y presentara su informe final.³¹ Nuevamente se cometió uno de los peores crímenes que la humanidad pudo haber conocido: el genocidio.³² Se ejecutó a miles de musulmanes con la clara intención de desaparecer al grupo étnico y religioso.

³⁰ La Comisión de Expertos resalta que su labor es establecer la verdad y la del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia es proporcionar justicia. *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)”, Op. Cit., § 45 y 320.

³¹ El informe final fue presentado al Consejo de Seguridad mediante una carta del todavía Secretario General Boutros – Ghali fechada el 24 de mayo de 1994. Desde esa fecha, hasta la caída de Srebrenica habían transcurrido más de 13 meses.

³² El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Radislav Krstić determinó que se cometió crimen de genocidio en Srebrenica. *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Radislav Krstic, sentencia de primera instancia, 2 de agosto de 2001, disponible en <http://www.icty.org/case/krstic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015 e *Infra*, Capítulo 3.

1.1.2. La política de “depuración étnica”.

Merecen especial atención las afirmaciones de la Comisión de Expertos sobre la existencia de una política encaminada a modificar la composición étnica de una región, a la que denominó depuración étnica. A casi 20 años de la firma de los Acuerdos de Dayton, la utilización de este término aún es motivo de análisis entre académicos y estudiantes. Este término fue utilizado por primera vez por el Consejo de Seguridad en la resolución S/RES/771 (1992) del 13 de agosto de 1992. En ella el Consejo “*condena enérgicamente las violaciones del derecho internacional humanitario, incluidas las que entraña la práctica de la depuración étnica.*”³³

En palabras de la Comisión de Expertos, depuración étnica³⁴ en el contexto del conflicto de la ahora desaparecida República Federativa Socialista de Yugoslavia “*consiste en dar homogeneidad étnica a una zona utilizando la fuerza o la intimidación para expulsar a determinados grupos de dicha zona*”.³⁵

Este tipo de prácticas fueron realizadas por todas las partes en conflicto.³⁶ Sin embargo, este concepto es comúnmente usado para describir la política seguida por los serbios en Croacia y Bosnia – Herzegovina para promover las

³³ S/RES/771 (1992).

³⁴ La Asamblea General estableció en la resolución A/RES/47/121 del 7 de abril de 1993 que la aplicación de esta política “constituye una forma de genocidio”.

³⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)”, Op. Cit., § 129.

³⁶ Por croatas contra bosnios musulmanes en Herzegovina, croatas contra serbios en Krajina y Eslavonia oriental y occidental. Aunque el gobierno bosnio realizó las mismas prácticas, la Comisión de Expertos concluyó que debido a que el número de violaciones cometidas era menor que el de los otros grupos no evidenciaba una política de limpieza étnica. *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)”, Op. Cit., § 145 –148.

políticas nacionalistas sobre la Gran Serbia. Esta doctrina está basada en el dominio étnico y exclusivo de los serbios sobre otros grupos étnicos y religiosos en ciertas áreas históricamente reclamadas por Serbia. En este sentido, la depuración étnica se aplicó para unir con la República de Serbia ciertas zonas estratégicas habitadas por serbios en las Repúblicas de Croacia y Bosnia – Herzegovina.

Para desplazar a la población civil de las zonas geográficas estratégicas, se recurrió al uso de la violencia a través de asesinatos en masa, tortura, violaciones y agresiones sexuales, malos tratos a prisioneros civiles y de guerra, utilización de civiles como escudos humanos, destrucción y saqueo de bienes personales, inmuebles históricos y culturales, así como de aldeas, ataques contra hospitales y personal médico marcados con los emblemas de la cruz roja y media luna roja. Todo con el fin de erradicar los lazos culturales y religiosos de los grupos étnicos y religiosos desplazados. En muchos casos se obligó a los civiles a firmar la cesión de sus bienes, antes de ser desplazados.³⁷

1.2. Creación del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia.

Ante las violaciones al derecho internacional humanitario antes descritas, el Consejo de Seguridad decidió establecer un tribunal *ad hoc* de crímenes de guerra que estaría encargado de juzgar y determinar a los responsables de los acontecimientos ocurridos en el territorio de la ex República Federativa Socialista

³⁷ *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)”, Op. Cit., §129 – 137.

de Yugoslavia.³⁸ Para ello pidió al Secretario General que presentara un informe sobre todos los aspectos, en el que se incluyeran propuestas concretas para dar cumplimiento a la decisión de crear el Tribunal *ad hoc*, a más tardar dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la resolución. Se analizaron tres posibilidades para la creación de dicho tribunal: a través de una resolución de la Asamblea General, un tratado internacional o una resolución del Consejo de Seguridad.³⁹

El informe fue aprobado por unanimidad en el Consejo de Seguridad el 15 de mayo de 1993, mediante la resolución S/RES/827 (1993). Con ello se dotó al nuevo Tribunal de un estatuto, anexo al informe presentado por el Secretario General.

Esta decisión marcó un paradigma en la atribución de la responsabilidad internacional individual por violaciones al derecho internacional humanitario. Por primera vez los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, a través del Consejo de Seguridad, como órgano que los representa,⁴⁰ establecieron un tribunal internacional.⁴¹ En este sentido, este Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia garantiza una justicia imparcial ya que no

³⁸ Cfr. S/RES/808 (1993).

³⁹ Cfr. PELLET, Alain, "Le Tribunal Criminel International pour l'ex Yougoslavie", en Revue Internationale de Droit Public, París, Francia, No.1, 1994, pp. 25 – 29.

⁴⁰ Cfr. SHAHABUDDEN, Mohamed, "International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal", Oxford University Press, New York, 2012, p. 8.

⁴¹ Cfr. ODIO BENITO, Elizabeth, "El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia – justicia para la paz", en Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, vol. 24, Julio – Diciembre de 1996, p. 133. El Tribunal Militar Internacional de Núremberg tuvo el carácter multinacional pues sólo fue creado por los 4 países vencedores. Cfr., Acuerdo de Londres para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, disponible en <http://avalon.law.yale.edu>, consultado el 25 de mayo de 2015.

intervienen en su funcionamiento las partes involucradas en el conflicto. Así se salva la crítica de la justicia de los vencedores.⁴²

1.2.1. La base jurídica del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el propósito de mantener la paz y seguridad internacionales.

La validez del establecimiento de este Tribunal fue cuestionada debido a que no existe una disposición expresa en la Carta de las Naciones Unidas que faculte al Consejo de Seguridad para ello.⁴³ Incluso, en el primer caso conocido por el Tribunal, la defensa de Duško Tadić interpuso una moción preliminar en la que argumentó la inconstitucionalidad de su establecimiento.

Al respecto, tanto la Sala de Apelaciones del Tribunal en ejercicio del principio de la *compétence de la compétence*,⁴⁴ como algunos doctrinarios y jueces del Tribunal, han argumentado que el Consejo de Seguridad se encuentra plenamente facultado para adoptar este tipo de medidas para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales, en términos de los artículos 29, 39 y 41 de la “Carta de las Naciones Unidas”.⁴⁵ Es decir, el Consejo de Seguridad

⁴² Cfr. PELLET, Alain, Op. Cit., p. 18.

⁴³ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “Sistema Jurídico de las Naciones Unidas”, Porrúa, México, 2007, p. 149.

⁴⁴ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la moción preliminar sobre la jurisdicción del tribunal, 2 de octubre de 1995, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015. La Sala de Apelaciones examinó esta moción porque la Sala de Primera Instancia la desechó. Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Decisión sobre la moción preliminar sobre la jurisdicción del tribunal, 10 de agosto de 1995, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

⁴⁵ Cfr. ODIO BENITO, Elizabeth, “*El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia – justicia para la paz-*”, Op. Cit., p. 141 y PELLET, Alain, Op. Cit., p. 18.

no realizó actos *ultra vires* porque el Tribunal fue establecido como un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad y con objetivos más que estratégicos: que el Consejo de Seguridad pudiera cumplir con su responsabilidad principal, en términos del artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, y que la Organización cumpliera con su propósito más fundamental, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Si bien es cierto que la paz en gran parte del territorio de la ex Yugoslavia era inexistente, el establecimiento del Tribunal Penal Internacional era para contribuir a la restauración de la paz y seguridad internacionales. Cuando el artículo 1 de la Carta declara que los propósitos de las Naciones Unidas son mantener la paz y seguridad internacionales, parte de la premisa de que estos existen, por lo que en cuanto son quebrantados, es necesario que sean restaurados para que puedan ser mantenidos.⁴⁶

Esto puede ser confirmado por el lenguaje que utiliza el Consejo de Seguridad en la Resolución en la que aprueba el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. En ella el Consejo de Seguridad se dice:

“Convencido de que en las circunstancias particulares que reinan en la ex Yugoslavia, la creación por el consejo de un tribunal internacional, como medida ad hoc, y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de graves violaciones del derecho

⁴⁶, Cfr. FUTAMURA, Madoca y GOW, James, “The strategic purpose of the ICTY and international peace and security” en GOW, James, et. al. (eds.), “Prosecuting War Crimes”, Routledge, New York, 2014, pp. 15 – 17.

*internacional humanitario permitirían alcanzar este objetivo y contribuirían a la restauración y mantenimiento de la paz”.*⁴⁷

Además, del análisis de las resoluciones del Consejo de Seguridad previas al establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se desprende que no fue una decisión arbitraria. Sino que el Consejo la preparó a través de varias etapas:⁴⁸

- Afirmó desde la primera resolución sobre la cuestión, que la situación en la ex Yugoslavia constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales.⁴⁹
- Realizó llamamientos al respeto del derecho internacional humanitario;⁵⁰
- Constató que los reportes sobre violaciones al derecho internacional humanitario eran ciertos, a través de la investigación realizada por la Comisión de Expertos creada en virtud de la resolución S/RES/780 (1992);
- Afirmó que *“quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios son considerados personalmente responsables de dichas violaciones”*.⁵¹

⁴⁷ S/RES/827 (1992).

⁴⁸ Cfr. PELLET, Alain, Op. Cit., p. 18.

⁴⁹ Cfr. S/RES/713 (1992).”

⁵⁰ S/RES/752 (1992), S/RES/764 (1992), S/RES/770 (1992) S/RES/771 (1992). Para un análisis detallado de estas resoluciones Cfr. PETROVIC, Drazen y CONDORELLI, Luigi, Op. Cit., pp. 50 – 52.

⁵¹ S/RES/764 (1992).

- Estableció mecanismos orientados a la creación del Tribunal, por ejemplo la Comisión de Expertos establecida mediante la resolución S/RES/780 (1992).

Por lo tanto, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue establecido legalmente, conforme a los principios de la Carta por el Consejo de Seguridad, en representación de los Estados miembros de la comunidad internacional.

1.2.2. La jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y de la Corte Internacional de Justicia.

Es claro que la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, como tribunal *ad hoc* y establecido en calidad de órgano subsidiario del Consejo de Seguridad tiene una base y naturaleza diferentes a las de la Corte Internacional de Justicia.⁵² Ésta fue establecida como “*órgano judicial principal de las Naciones Unidas y funcion[a] de conformidad con el Estatuto anexo [...] que forma parte integrante de [la] Carta.*”⁵³ Por lo que en los términos expresos por la Carta, todos los Estados que son miembros de las Naciones Unidas, son también miembros del Estatuto de la Corte⁵⁴ y así, los principios que rigen el funcionamiento de la Corte Internacional de Justicia desarrollados en el Estatuto no son desvinculados del tratado fundador de la Organización de las Naciones Unidas.

⁵² La Corte Internacional de Justicia es sucesora de la Corte Permanente de Justicia y heredera de su jurisprudencia. De hecho la estructura actual de Corte adopta sigue las características de su antecesora. Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Op. Cit., pp. 214 – 216.

⁵³ “Carta de las Naciones Unidas”, artículo 92.

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, artículo 93.

Ahora bien, es importante resaltar que el ejercicio de la jurisdicción de la Corte es únicamente sobre los Estados, en razón de que el artículo 34 del estatuto establece que sólo estos pueden ser partes en los casos ante la Corte. En tanto que el Tribunal hace lo propio sólo sobre los individuos. Esto en razón de que el mandato del Consejo de Seguridad de manera expresa establece que el Tribunal tendrá la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de las violaciones graves al derecho internacional humanitario.⁵⁵

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia tiene una competencia limitada para cumplir con el objetivo por el que fue creado, a saber, contribuir a la restauración y el mantenimiento de la paz. En este sentido el tribunal tiene limitaciones *ratione loci*, *ratione materiae* y *ratione temporis*:

- *Ratione loci* para sancionar únicamente las violaciones al derecho internacional humanitario en el territorio de la ex – Yugoslavia.
- *Ratione materiae* limitada a las violaciones graves al derecho internacional humanitario, así como el delito de genocidio en términos del artículo 4 de su estatuto. El Tribunal sólo está autorizado para aplicar el derecho consuetudinario y no está autorizado para aplicar un tratado que no se ha consolidado dentro del derecho internacional consuetudinario.⁵⁶
- *Ratione temporis* puesto que sólo serían sancionadas las violaciones al derecho internacional humanitario entre el 1° de enero de 1991 y la

⁵⁵ Cfr. S/RES/827 (1993)

⁵⁶ Cfr. SHAHABUDDEN, Mohamed, Op. Cit, p. 53.

fecha que sea determinada por el Consejo de Seguridad en cuanto se restaure la paz.⁵⁷

Por otro lado, la Corte Internacional de Justicia está dotada de una competencia amplia con base en el artículo 36 del Estatuto, por lo que ha conocido casi todo el espectro posible de diferendos. En este sentido, de manera constante ha rechazado la doctrina de los asuntos justiciables.⁵⁸ No obstante ello, tiene un requisito adicional que debe satisfacerse, y es que los Estados en un diferendo le deben reconocer su competencia.

1.3. Naturaleza del conflicto y derecho aplicable.

Una de las mayores dificultades para fincar responsabilidad internacional, tanto individual como estatal por las violaciones al derecho internacional humanitario, es determinar la naturaleza del conflicto con el fin de establecer el derecho aplicable. Desde el inicio del conflicto armado en los Balcanes se presentaron elementos que caracterizaban a un conflicto armado no internacional e incluso en Bosnia – Herzegovina coexistían elementos de ambos tipos de conflicto. La precisión de la naturaleza del conflicto fue fundamental.

Los Estados involucrados tomaron posiciones radicalmente diferentes. Por un lado, Bosnia – Herzegovina argumentaba que era víctima de agresión por la República Federal de Yugoslavia, mientras que ésta última decía que era un conflicto armado no internacional. Este problema fue ampliamente analizado por los tribunales internacionales para establecer el derecho internacional

⁵⁷ Cfr. PELLET, Alain, Op. Cit., p. 32 – 40.

⁵⁸ Cfr. GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Op. Cit., pp. 221 – 228.

humanitario aplicable, el alcance de la responsabilidad por las violaciones graves al derecho internacional humanitario, así como la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.⁵⁹ Destacan los casos Duško Tadić en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Bosnia – Herzegovina contra Serbia en la Corte Internacional de Justicia, que son objeto de análisis en este trabajo.

En este sentido, ante la complejidad y magnitud del conflicto, así como de la especialización y desarrollo del derecho internacional, para el estudio y análisis de los casos objeto de esta tesis, se podrían tomar un enfoque desde diversos ángulos, debido a que durante la última mitad del siglo pasado el desarrollo del derecho internacional se incrementó dramáticamente. Lo que ha implicado el surgimiento de áreas relativamente especializadas y autónomas y el aumento de los problemas institucionales y sustantivos en el derecho internacional, a saber: la existencia de jurisdicciones concurrentes para la aplicación del derecho internacional, así como de conflictos de normas.⁶⁰ En este sentido, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia parecen tener criterios contradictorios sobre una cuestión preliminar para la aplicación del derecho internacional humanitario y el derecho de la responsabilidad internacional.

⁵⁹ Cfr. GRAY, Cristine, International Law and the Use of Force, Oxford University Press, New York, 2008, p. 83.

⁶⁰ . Cfr. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, 58º período de sesiones, A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006, § 4 – 12, disponible en <http://bit.ly/1W56JD5>, consultado el 21 de octubre de 2015.

1.3.1. Las partes en conflicto y la complejidad para determinar la naturaleza del conflicto armado.

La complejidad para determinar la naturaleza del conflicto armado y con ello el derecho aplicable, radica en que las partes que participaron en él, no eran claramente identificables. Como lo señaló la Comisión de Expertos encargada de examinar las violaciones al derecho internacional humanitario en el territorio de la ex República Federativa socialista de Yugoslavia, en las primeras etapas del conflicto, los combatientes no vestían uniformes distintivos, emblemas o insignias de rango. Los oficiales se movían libremente de una milicia a otra y en consecuencia la cadena de control y mando estaba significativamente confusa.

Sin embargo, cuando cada una de las repúblicas declaró su independencia, integraron un ejército propio con los miembros de sus fuerzas de defensa territorial y efectivos del ejército popular de la República Federativa Socialista de Yugoslavia tras su retirada oficial. Con excepción de la república de Croacia, cuya fuerza de defensa territorial constituía un grupo armado distinto, la Guardia Nacional Croata que al unirse al conflicto operó bajo el mando del ejército croata. En este sentido, existían 3 ejércitos regulares en conflicto: el de Croacia, el de Bosnia – Herzegovina y el de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).⁶¹

Además de los ejércitos regulares, se conformaron 3 ejércitos adicionales: el ejército serbo bosnio o de la República Sprska, el ejército serbio de Croacia y

⁶¹ No se menciona al ejército de la República de Eslovenia en razón de que el conflicto Armado en esta república duró únicamente 10 días y fue entre la defensa territorial y el aún ejército de la República Federativa Socialista de Yugoslavia.

el Consejo de Defensa Croata. Los primeros dos fueron armados por el ejército de la República Federativa Socialista de Yugoslavia y el último por el ejército de Croacia.

Por último, existían grupos paramilitares conocidos como fuerzas especiales, así como las policías locales que aumentaron en número con civiles y grupos armados que normalmente operaban a nivel local, bajo el mando de una persona con aparente autonomía, salvo cuando fueron integradas al plan de acción de algún ejército regular.⁶²

En este sentido, en su aspecto internacional, se trataba de un conflicto armado entre el Ejército Popular Yugoslavo – de manera posterior como ejército yugoslavo –, el ejército de la República de Bosnia – Herzegovina y el ejército croata. En su aspecto interno, se trataba de un conflicto armado entre fuerzas que representaban a cada una de las principales nacionalidades de Bosnia – Herzegovina: bosnios o musulmanes de Bosnia, el Consejo Croata de Defensa y los serbios de Bosnia.⁶³

1.3.2. Conflicto armado internacional y conflicto armado no internacional.

La trascendencia de la determinación de la naturaleza del conflicto radica en que el derecho internacional humanitario establece una regulación distinta para cada tipo de conflicto armado.

⁶² Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)”, Op. Cit., § 114 – 122.

⁶³ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, A/54/549, § 15 – 19, disponible en <http://bit.ly/1M9qPwB>, consultado el 21 de octubre de 2015

Antes de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional distinguía entre el reconocimiento del estado de guerra que consistía en la ruptura de todas las relaciones pacíficas entre dos o más Estados y el inicio de la aplicación del *ius in bello*, la guerra civil a través del reconocimiento de beligerancia y las hostilidades armadas entre varios Estados, sin la intención de hacer la guerra (“*resort to force short of war*”).⁶⁴ Sin embargo, en la actualidad sólo pueden distinguirse dos tipos de conflicto armado: internacional y no internacional.

En el primer caso el sólo recurso a las armas marca el inicio de un conflicto armado internacional, en términos de los artículos 2, párrafo 4 de la “Carta de las Naciones Unidas” y 2 común a los “Convenios de Ginebra de 1949”. Este último artículo establece la aplicación de los convenios en “*caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Altas Partes Contratantes aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra*”,⁶⁵ así como en caso de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante.⁶⁶ Por el contrario, para poner fin jurídicamente a un conflicto armado, es necesario que se concluya un acuerdo de paz o que se realice la capitulación de una de las partes.⁶⁷ Sin embargo, el conflicto entre Estados no es más que una forma de conflicto armado internacional. Hoy por hoy, el derecho

⁶⁴ Esta clasificación casi no sufriría cambios después de la primera guerra mundial a pesar de ser proscrita en parte por el Convenio de la Sociedad de Naciones y completamente en el Pacto Briand – Kellog de 1928. *Cfr.* SCHINDLER, Dietrich, “The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols”, en ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA, *Collected Courses*, vol. II, tomo 163, 1979, pp. 125 y 126.

⁶⁵ Artículo 2 común de los “Convenios de Ginebra”.

⁶⁶ Resulta contradictorio que se haya prohibido el recurso al uso de la fuerza (*ius ad bello*), pero al mismo tiempo se reglamente su ejercicio (*ius in bello*). NGUYEN, Quoc Dinh, *Op.Cit.*, p. 1067.

⁶⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 1063.

internacional humanitario aplicable a los conflictos armados entre Estados también se aplica a conflictos a los que se les ha dado el carácter de conflictos armados internacionales,⁶⁸ como las luchas contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, en términos del artículo 1, párrafo 4 del “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 adoptado en 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”.

La práctica ha demostrado que algunos conflictos armados internacionales pueden presentarse en varios Estados sin el involucramiento directo de los ejércitos nacionales. O bien, pueden presentarse conflictos armados en el territorio de un solo Estado a través de agentes de facto que operan desde el territorio de otro Estado, con o sin el control de éste último.⁶⁹ Ante ello, existe una regla de derecho internacional humanitario consuetudinario que establece como obligación del Estado, respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por sus órganos y / o sus agentes de facto.⁷⁰ Por ello es necesario determinar desde el análisis jurídico cuándo una persona o grupo de personas actúa de facto bajo el control o respaldo de un Estado y si las conductas de los agentes de facto son atribuibles al mismo.

En el segundo caso – conflictos armados no internacionales –, el artículo 3 común de los “Convenios de Ginebra” de 1949 y el “Protocolo II adicional de

⁶⁸ Cfr. NGUYEN, Quoc Dinh, Op.Cit., p.1063.

⁶⁹ BOUCHET – SAULNIER, François, The Practical Guide to Humanitarian Law, Rowman & Littlefield Publishers, 3° ed., United States of America, 2006, p. 256.

⁷⁰ HENCKAERTS Jean – Marie y DOSWALD – BECK, Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol. I Normas, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 559.

1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, establecen obligaciones de cada una de las partes en caso de que en su territorio exista un conflicto que no sea de índole internacional y que no estén cubiertos por “Protocolo I Adicional relativo a los conflictos con carácter internacional”.⁷¹ En este sentido, un conflicto armado interno, será todo conflicto armado que no tenga el carácter de internacional. No obstante el sentido negativo de la definición y la amplitud de la misma, el conflicto armado interno requiere de un grado de intensidad, situación que fue aclarada en el párrafo segundo del artículo primero del “Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra de 1949”, firmado en 1977 que establece que *“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.”*⁷²

Es decir, se debe alcanzar un umbral mínimo de violencia para determinar que un conflicto sea considerado conflicto armado no internacional. En primer lugar las hostilidades deben ser conducidas a través de las armas y tener tal grado de intensidad que el gobierno se vea obligado a emplear sus fuerzas armadas en contra de los insurgentes; en segundo lugar, los insurgentes deben

⁷¹ Estas disposiciones difieren en 3 maneras del reconocimiento del estado de beligerancia. Primero, aplican de manera automática, sin necesidad de reconocimiento entre las partes; segundo, el artículo tercero requiere un nivel de intensidad menor al reconocimiento del estado de beligerancia; y tercero, no todas las disposiciones del *ius in bello* son aplicables. Cfr. SCHINDLER, Dietrich, Op. Cit., p. 146. En el Caso Fiscal contra Duško Tadić, la Sala de Apelaciones definió conflicto armado interno y estableció que algunas normas de derecho internacional humanitario eran aplicables tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales.

⁷² Artículo 1 del “Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra de 1949”.

tener carácter colectivo; por último, debe existir un grado mínimo de organización.⁷³

Por último, cabe aclarar que para efectos teóricos y tener mayor claridad sobre estos conceptos básicos del derecho internacional humanitario, se ha hecho referencia a los Convenios de Ginebra y a sus protocolos adicionales. No obstante estos instrumentos sólo codifican el derecho consuetudinario.⁷⁴

1.3.3. La responsabilidad internacional, el derecho internacional humanitario y los agentes de facto.

Como se mencionó anteriormente, resultaba difícil determinar quién ejercía alguna autoridad sobre algunos de los distintos los grupos en conflicto, por lo que ambas jurisdicciones debieron recurrir a conceptos como la noción de agente de facto. Por ello en este apartado se analizarán los requerimientos del derecho internacional de la responsabilidad y del derecho internacional humanitario para atribuir la conducta de un o grupo de individuos a un Estado. Así como los conceptos de responsabilidad internacional, tanto individual como estatal.

La responsabilidad individual por violaciones graves al derecho internacional humanitario tiene su origen los Juicios de Núremberg, cuyos principios fueron reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas y

⁷³ Cfr. SCHINDLER, Dietrich, Op. Cit., p. 147.

⁷⁴ Para tener un estudio completo del derecho internacional humanitario consuetudinario Cfr. HENCKAERTS Jean – Marie y DOSWALD – BECK, Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, CICR, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Esta edición es de dos volúmenes, existe una traducción al español del volumen I sobre las normas de derecho internacional humanitario consuetudinario, misma que ha sido citada con anterioridad, cfr. *Supra*, nota 70.

puesta a disposición de los Estados miembros de la Organización en la resolución A/RES/488(V) del 12 de diciembre de 1950.⁷⁵ Estos juicios estuvieron basados en el “Acuerdo de Londres para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional”.⁷⁶

Como antecedente de los Juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, al finalizar la Primera Guerra Mundial, Alemania y los otros Estados derrotados fueron obligados a reconocer el derecho ya existente a enjuiciarlos.⁷⁷ Asimismo, hubo cierta consideración para establecer responsabilidad al *Kaiser* Guillermo II y otros altos mandos por iniciar la guerra y las atrocidades cometidas durante ella, con base en el artículo 227 del “Tratado de Versalles”, que jamás fue ejecutado. Este artículo, al igual que el acuerdo de Londres, fue duramente criticado porque hacía responsable a un individuo por actos cometidos en su calidad de órgano del Estado de manera retroactiva.⁷⁸

Los principios de Núremberg cobraron importancia en la última década del siglo pasado a raíz de las graves violaciones al derecho internacional humanitario

⁷⁵ En la resolución A/RES/177(II) la Asamblea General encargó a la recién creada Comisión de Derecho Internacional que formulara esos principios. En este sentido, la Comisión presentó en 1950 ante la Asamblea su proyecto. La formulación propuesta por la Comisión de Derecho Internacional se puso a disposición de los Estados miembros mediante la resolución A/RES/488(V) para que realizaran comentarios a los mismos.

⁷⁶ *Cfr.* SREENIVASA RAO, “Pemmaraju, International crimes and State responsibility”, en RAGAZZI, Oscar (ed.), International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, p. 63.

⁷⁷ *Cfr.* ZEMANEK, Karl, “New trends in the enforcement of erga omnes obligations”, en Max Planck Yearbook of the United Nations Law, No. 4, Kluwer Law International, Países Bajos, 2000, p. 18.

⁷⁸ Sobre el acuerdo de Londres señaló que los crímenes que castiga tienen efecto retroactivo, pues antes de este acuerdo, el único crimen contra la paz era el recurso ilegal a la guerra y en este documento se contemplaron también los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. *Cfr.* KELSEN, Hans, Principles of International Law, Rinehart & Company Inc., New York, 1952, pp. 131 – 139.

– genocidio, depuración étnica, violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos y crímenes de guerra – en diversos conflictos armados. Entre estos, destaca el conflicto en los Balcanes que motivó el establecimiento de un tribunal *ad hoc* por el Consejo de Seguridad.

De esta forma, el principio I, formulado por la Comisión de Derecho Internacional, establece que “*toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción*”,⁷⁹ sin importar si existe sanción o no en el derecho interno, o si el individuo actúa como jefe de estado o de gobierno o bajo las instrucciones de su superior, siempre con pleno respeto al derecho a un juicio del individuo.⁸⁰ Lo que supone que la existencia de obligaciones del individuo conforme al derecho internacional humanitario y no sólo para los Estados.⁸¹

Por otro lado, la responsabilidad internacional del Estado se refiere a la incidencia y consecuencias de actos u omisiones violatorias del derecho internacional que son atribuibles a un Estado.⁸²

Actualmente, el derecho de la responsabilidad internacional del Estado encuentra su expresión más aceptada en los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” presentados por

⁷⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Formulation of the Nürnberg Principles”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II, Organización de las Naciones Unidas, 1950, pp. 374, disponible en <http://bit.ly/1PHmTTd>, consultado el 21 de octubre de 2015.

⁸⁰ *Cfr. Ibidem*, pp. 374 – 378.

⁸¹ *Cfr.* ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin, “Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012, p. 140.

⁸² *Cfr.* BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, New York, 7a. ed., 2008, p. 434,

la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.⁸³ Conforme a los numerales 1 y 2 de dichos artículos, para que exista responsabilidad internacional del Estado, es necesario que se presente un hecho internacionalmente ilícito. Es decir, que exista una violación al derecho internacional que sea atribuible a un Estado.

Cada acto o hecho internacionalmente ilícito que entraña responsabilidad internacional para el Estado, crea una nueva situación jurídica. Las opiniones al respecto no son unánimes y contemplan 3 posibles escenarios: primero, se crea una relación bilateral entre el Estado violatorio del derecho internacional y el Estado afectado de la que surge la obligación de reparación; segundo, el Estado afectado por la violación del derecho internacional se encuentra facultado para reaccionar en contra del Estado que ha violado el derecho internacional; y tercero, la violación del derecho internacional puede dar origen a varios tipos de relaciones legales, según la circunstancias.⁸⁴

Cabe resaltar que la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional no son excluyentes, sino que, se complementan. Esto es porque un individuo opera como agente del Estado y ambos, el Estado y el agente, responden por sus actos u omisiones imputables.⁸⁵ Lo que significa que si a un Estado le es fincada responsabilidad internacional

⁸³ La Asamblea General tomó nota del proyecto mediante la resolución A/RES/56/83.

⁸⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, with commentaries", en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, Segunda Parte, Organización de las Naciones Unidas, 2001, p. 33, disponible en <http://bit.ly/1MIyM9V>, consultado el 21 de julio de 2015.

⁸⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, International Law for Humankind, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2010, pp. 372 – 374.

por la violación de una norma de derecho internacional, esta violación también podría dar origen a la responsabilidad internacional del individuo que la perpetró como agente del Estado y viceversa.

En el derecho internacional sólo se puede atribuir al Estado la conducta de sus órganos de gobierno y de quienes han actuado como tales, o bien bajo su dirección o control.⁸⁶ Este principio puede verse reflejado en los artículos 4 al 9 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.”

Por lo que se refiere a los agentes de facto, lógicamente las conductas de los mismos serían atribuibles al Estado. El problema radica en la forma de determinar cuándo un individuo o grupo de individuos es un agente de facto. Desde el derecho de la responsabilidad internacional, el artículo 8 del proyecto Crawford establece que:

“se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.”⁸⁷

A este artículo se le pueden dar dos interpretaciones. La primera es considerar que para la atribución de la conducta de un agente de facto al Estado,

⁸⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, with commentaries”, Op. Cit., .p. 38.

⁸⁷ Artículo 8 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”.

deberá existir un grado de control por parte de un órgano del mismo, además de ciertas instrucciones para observar determinado comportamiento.⁸⁸

La segunda, en realidad contempla dos escenarios posibles. En el primero el particular únicamente recibe instrucciones de un agente del Estado y por lo tanto se vuelve un órgano extendido de un agente instructor. En este sentido, la atribución de la conducta es consecuencia de la instrucción. En el segundo caso la situación es más compleja, en razón de que hay que determinar cuándo un agente realiza una acción bajo el control del Estado y cuál es el grado de control necesario para atribuir la conducta al Estado.⁸⁹

En sentido parecido, en el derecho internacional humanitario consuetudinario, es obligación de las partes en conflicto hacer respetar el *ius in bello* por sus fuerzas armadas, así como por otras personas o agrupaciones que actúen siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control. Esta obligación fue codificada por primera vez en las “Convenciones de la Haya” de 1899 y 1907. Según el estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, la obligación de respetar el derecho internacional humanitario es un corolario de la norma que establece la existencia de responsabilidad por violaciones al mismo.⁹⁰ Es decir, un Estado será responsable cuando las personas o los grupos de personas que actúen de

⁸⁸ Cfr. WOLFRUM, Rüdiger, “State responsibility for private actors: an old problem of renewed relevance” en RAGAZZI, Oscar (ed.), International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter, p 427.

⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 428.

⁹⁰ Cfr. HENCKAERTS Jean – Marie y DOSWALD – BECK, Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol. I Normas, CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 559 – 562

hecho bajo su dirección o control u obedeciendo sus instrucciones, violen el derecho internacional. Lo cual, según el estudio, es una aplicación de la norma general sobre responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos internacionales.⁹¹

En este sentido, tanto para el derecho de la responsabilidad internacional como para el derecho internacional humanitario, un agente de facto existe cuando un Estado ejercita un grado de dirección o control sobre un individuo o grupo de individuos, o bien estos actúan obedeciendo las instrucciones del mismo. Así, el Estado está obligado a respetar el derecho internacional cuando actúa a través de agentes de facto, en caso de no hacerlo y violar alguna norma de derecho internacional podría atribuírsele responsabilidad internacional.

La forma para determinar cuándo un individuo o grupo de individuos son agentes de facto, ha sido abordada por la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en los casos Nicaragua contra Estados Unidos de América, Fiscal contra Duško Tadić y Bosnia – Herzegovina contra Serbia. Sin embargo, no está claro cuál es el grado de dirección o control requerido por el derecho internacional para que un individuo o grupo de individuos puedan ser considerados agentes de facto, pues ambas jurisdicciones aplicaron test diferentes.

⁹¹ Cfr. HENCKAERTS Jean – Marie y DOSWALD – BECK, Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol. I Normas, CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 599 – 606.

2. La noción de agente de facto y el control global en el caso Fiscal contra Duško Tadić.

El 15 de julio de 1999 la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia emitió la sentencia para el caso Fiscal contra Duško Tadić. Por primera vez, desde la segunda guerra mundial se enjuició a una persona en un tribunal internacional por violaciones al derecho internacional humanitario. Vale la pena aclarar que el Tribunal Militar de Núremberg era un tribunal multilateral y no de carácter internacional.

El tratamiento de este caso resulta por demás paradigmático e interesante ya que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia interpretó múltiples normas de derecho internacional. En la decisión respecto a la moción interlocutoria sobre la jurisdicción del Tribunal del 2 de octubre de 1995, la Sala de Apelaciones definió conflicto armado internacional y no internacional;⁹² estableció que las resoluciones del Consejo de Seguridad podrían ser objeto de revisión judicial, al examinar la legalidad del establecimiento del Tribunal en ejercicio del principio de la *compétence de la compétence*;⁹³ que el concepto de crímenes de guerra resulta aplicable tanto a los conflictos armados

⁹² “An armed conflict exist whenever is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.” que significa: “Un conflicto armado existe cada vez que se recurre a la fuerza armada entre estados o se da violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos armados entro de un estado” TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la moción preliminar sobre la jurisdicción del tribunal, 2 de octubre de 1995, § 70, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

⁹³ La Sala de Apelaciones en ejercicio del principio de la *compétence de la compétence* consideró que tenía jurisdicción para examinar los alegatos de la defensa en contra de la jurisdicción del Tribunal basados en su establecimiento por el Consejo de Seguridad. Cfr., *Ibidem*, § 22.

internacionales como no internacionales;⁹⁴ así como que existe un *corpus* de derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales que considera algunos comportamientos objeto de responsabilidad penal.⁹⁵

Posteriormente, la Sala de Apelaciones nuevamente, entre otras cosas, extendió la responsabilidad penal internacional por la participación en un grupo con un propósito común,⁹⁶ llamado por la doctrina, empresa criminal conjunta.⁹⁷

Para determinar la naturaleza del conflicto, el Tribunal debió analizar si los actos del ejército de la República Sprska eran atribuibles a la República Federal de Yugoslavia y para ello recurrió al test de control global. De esta forma se alejó del test de control efectivo utilizada por la Corte Internacional de Justicia en el “Caso de actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América)”.

2.1. Consideraciones preliminares.

Una vez señalada la trascendencia de este caso para el desarrollo del derecho internacional, vale la pena mencionar que en virtud del tiempo y espacio, para efectos de esta tesis, únicamente se analizará el test de control aplicado por

⁹⁴ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la moción preliminar sobre la jurisdicción del tribunal, Op. Cit., § 87 – 93.

⁹⁵ *Ibidem*, § 94 – 142.

⁹⁶ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Apelaciones, 15 de julio de 1999, § 172 – 237, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

⁹⁷ Para un análisis crítico sobre la utilización de este concepto *Cfr.* BOGDAN, Attila, “Individual criminal responsibility in the execution of a “joint criminal enterprise” in the jurisprudence of the *ad hoc* International Tribunal for the Former Yugoslavia”, en International Criminal Law Review, No. 6, Koninklijke Brill, Groningen, 2006, pp. 63 – 120.

el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, para determinar si la República Sprska y sus fuerzas armadas eran agentes de facto de la República Federal de Yugoslavia.

Para ello, en un primer momento analizaremos los hechos en el distrito de Prijedor y el examen de los mismos realizado por la sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

2.1.1. Violaciones al Derecho Internacional Humanitario en el distrito (*opština*) de Prijedor.

El 15 de julio de 1999, la Sala de Apelaciones encontró responsable a Duško Tadić por diversas violaciones al derecho internacional humanitario. A Tadić se le condenó por participar en diversos hechos entre abril y julio de 1992 en el distrito de Prijedor en Bosnia – Herzegovina. En el juicio en su contra se le imputó la participación activa en actos relacionados con la política de limpieza étnica en Prijedor.

Duško Tadić nació en Kozarac, Prijedor en Bosnia – Herzegovina. Se involucró en el conflicto en Bosnia cuando se unió al Partido Democrático Serbio en 1990, por el que ocupó diversos cargos en Prijedor.⁹⁸ En marzo de 1993 en múltiples ocasiones fue presionado para enlistarse en el servicio militar y

⁹⁸ Entre otros, organizó en Kozarac el plebiscito por el que los serbios de bosnia decidieron ser parte de la República Federal de Yugoslavia en noviembre de 1991, formó parte del grupo que trató de evitar el ataque a Kozarac con negociaciones con oficiales de Prijedor, después de la depuración étnica de Kozarac él se convirtió en el líder político, en agosto de 1992 fue electo presidente local del Partido Democrático Serbio, fue secretario de la comuna local, representante en la asamblea municipal de Prijedor, policía de tránsito en el puesto de control de Orlovci desde el 16 de junio de 1992 hasta el 1 de agosto y posteriormente policía en Prijedor. *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, 7 de mayo de 1997, § 180 – 192, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

trasladado a una zona cercana a los enfrentamientos armados, escapó y fue arrestado varias veces. Finalmente se mudó a vivir con su familia a Núremberg, Alemania en agosto de 1993.

En Alemania, entre los refugiados en ese país comenzaron a circular acusaciones en contra de Tadić, ello llamó la atención del gobierno alemán y debido a la fuerte presión ejercida por organizaciones de derechos humanos, fue arrestado el 12 de febrero de 1994.⁹⁹

Posteriormente, el 8 de noviembre del mismo año, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia solicitó la transferencia del caso a la Haya, con base en la primacía que le fue otorgada en términos del artículo 9 del Estatuto. Tadić no tuvo problema alguno en ello, fue formalmente acusado el 13 de febrero de 1995 y finalmente transferido a la Haya el 24 de abril del mismo año. El juicio comenzó el 7 de mayo de 1996.

A Duško Tadić se le acusó de participar activamente en la depuración étnica en el distrito de Prijedor,¹⁰⁰ en el noroeste de Bosnia – Herzegovina. Específicamente en las comunidades de Kozarac, Jaskici y Sivci, así como en los abusos y violaciones cometidas en los campos de aprisionamiento de Omarska, Keraterm y Trnopolje.¹⁰¹

⁹⁹ Cfr. FABIAN, Killye L., “Proof and Consequences: An Análisis of the Tadic and Akayesu Trials” en De Paul Law Review, Vol. 49, No. 4, De Paul University, 2000, pp. 999 y 1000. Consultado en: <http://bit.ly/1h9JJFo>, el 18 de agosto de 2015.

¹⁰⁰ Es importante resaltar que en este distrito inició su labor de investigación la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución S/RES/780 (1992).

¹⁰¹ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, acusación, 13 de febrero de 1995, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

Prijedor se encuentra en una ubicación estratégica para los serbo – bosnios, ya que se localiza a la mitad del corredor que une al oeste a la República Sprska con la República Serbia de Krajina y al este y al sur con Serbia y Montenegro. Por lo que este corredor era necesario para proporcionar armamento proveniente de Serbia tanto a los serbios de Bosnia, como a los serbocroatas¹⁰² que constituyeron a la República Serbia de Krajina al interior del territorio de Croacia. De esta forma podrían unir las zonas habitadas por serbios en el territorio de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia.

En abril de 1992 tras la declaración de independencia de la República de Bosnia – Herzegovina, y la conformación de la República Sprska como entidad beligerante al interior de ésta, se inició la aplicación de la depuración étnica en el distrito de Prijedor.

Antes del estallamiento del conflicto, la población del distrito estaba compuesta por una ligera mayoría de musulmanes, 49,454, seguían los serbios con 47,745, croatas con 6,300 y otros 8,971. A mediados de 1993 el número de personas asesinadas o deportadas ascendía a 52,811 con un decrecimiento evidente de la población no serbia.¹⁰³

El parteaguas en el inició de la depuración étnica estuvo marcado por la toma del poder por los serbios de Bosnia en Prijedor. En la madrugada del 30 de

¹⁰² Cfr. TRIBUNA PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Duško Tadić, sentencia de la Sala de Primera Instancia, Op. Cit., § 127

¹⁰³ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)”, Op. Cit., § 153. El Tribunal señala en el párrafo 128 de la sentencia de la Sala de Primera Instancia los siguientes porcentajes: el 44% de musulmanes, 42.5 de serbios, 5.6% de croatas y el 5.7% de yugoslavos y 2.2% extranjeros.

abril de 1992, de manera sorpresiva cuando las fuerzas armadas serbias tomaron las posiciones en los puestos de control alrededor de Prijedor y Kozarac,¹⁰⁴ así como de varios puestos de control no oficiales de ciudadanos musulmanes. De manera posterior, el 22 de mayo de 1992, tras un bloqueo casi total de Kozarac y mediante un ultimátum, se exigió a las autoridades del Prijedor la subordinación y lealtad a las nuevas autoridades de la República Sprska.¹⁰⁵ Cuando el plazo otorgado en el ultimátum se cumplió, el 24 de mayo, el área entera de Kozarac fue sometida por más de 24 horas a un bombardeo indiscriminado y a gran escala con artillería, tanques y pequeñas armas de fuego.

Los sobrevivientes al bombardeo fueron obligados a dejar sus destruidas viviendas y a formarse en columnas para ser divididos en dos grupos. El primero fue integrado por mujeres, niños menores de 16 años y hombres en edad avanzada, mientras que los hombres en edad adulta y niños mayores de 16 años fueron enviados a un segundo grupo para ser trasladados a diversos campos de aprisionamiento. Los integrantes del primer grupo fueron enviados a los campos de aprisionamiento de Trnopolje y Keraterm y los hombres en edad militar fueron enviados al campo de Omarska.¹⁰⁶

¹⁰⁴ De manera previa el Partido Democrático Serbio había comenzado a construir una administración paralela a las autoridades de Prijedor que incluía una policía serbia que funcionaba en secreto. *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Duško Tadić, sentencia de la Sala de Primera Instancia, Op. Cit., § 155.

¹⁰⁵ *Cfr. Ibidem*, § 142.

¹⁰⁶ *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)", Op. Cit., § 163 – 173.

En este contexto, a Tadić se le acusó de participar en varios incidentes que se enlistan a continuación en el orden tratado por la Sala de Primera Instancia:

- Golpear a varios prisioneros del campo de aprisionamiento de Omarska y obligar a uno de ellos a auto mutilarse sexualmente. Karabasic, Hrnica, Alic, y Harambasic murieron;
- Golpear a Hase Icic en el campo de Omarska;
- Golpear a Sefik Si y abandonarlo en la “Casa Blanca”¹⁰⁷ del campo de Omarska, donde murió a causa de los golpes;
- Golpear en la parte trasera de la “Casa Blanca” a Hakija Elezovic, Salih Elezovic, Sejad Sivac y a otros prisioneros; Hakija Elezovic sobrevivió y Salih Elezovic, Sejad Sivac, junto con otros prisioneros fueron encontrados muertos en el mismo lugar al día siguiente;
- Abuso de varios prisioneros, de los que se desconoce su nombre, en los alrededores de la “Casa Blanca” en el campo de Omarska. Se les obligó a tomar agua como animales y fueron brutalmente golpeados;
- Durante la depuración étnica de Kozarac, Duško Tadić ordenó a Ekrem Karabasic, Ismet Karabasic, Seido Karabasic And Redo Foric

¹⁰⁷ La “Casa Blanca” era un edificio pequeño al interior del campo de aprisionamiento Omarska, el más notorio de los 3 campos ubicados en Prijedor, los otros dos son Keraterm y Trnopolje. La Casa Blanca estaba reservada para los tratos más crueles hacia los prisioneros del campo. De acuerdo a los testimonios recabados por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el campo de Ormarska existían las condiciones más horribles. Tan sólo hasta abril de 1992, este campo había alojado a más de 3,000 prisioneros al mismo tiempo. *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Duško Tadić, sentencia de la Sala de Primera Instancia, Op. Cit., § 155 y 156.

abandonar las filas en la que se encontraban para ser transferidos a los campos de concentración antes citados y les dispararon y asesinaron;

- El 14 de junio de 1992 en el área de Jaskici y Sivci, Tadić y un grupo de serbios de bosnia armados llamó a los residentes casa por casa, los separaron y formaron para ser trasladados a los campos de aprisionamiento. Sakib Elkasevic, Osme Elkasevic, Alija Javor, Abaz Jaskic y Nijaz Jaskic fueron asesinados frente a sus casa y Meho Kenjar, Adam Jakupovic, Salko Jaskic, Ismet Jaskic, Beido Balic, Sefik Balic, Nijas Elkasevic y Ilijas Elkasevic fueron golpeados y llevados a algún lugar desconocido;
- Ataque, destrucción y saqueo de propiedades de musulmanes y croatas, captura de miles de ciudadanos de las mismas nacionalidades en los campos de aprisionamiento de Omarska, Keraterm y Trnopolje.¹⁰⁸

En la acusación, a Tadić se le formularon cargos por violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones al derecho y costumbres de la guerra, así como por crímenes contra la humanidad.

2.1.2. Sentencia de primera instancia.

El 7 de mayo de 1997, la sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia encontró culpable a Duško Tadić de once de

¹⁰⁸ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, acusación, Op. Cit., § 6 - 12.

los treinta y un cargos que le fueron formulados en la acusación original. Posteriormente, el 14 de julio de 1997 fue sentenciado a 20 años de prisión.

En esta sentencia, el Tribunal analizó las características que debían satisfacerse a la luz de los artículos 2, 3, 5 y 7 de su Estatuto y el Derecho Internacional Humanitario para fincar responsabilidad penal a Duško Tadić. Para ello debió analizar si en el distrito de Prijedor existía un conflicto armado y la naturaleza de éste.

En este sentido, en esta parte de la presente tesis, el análisis versará sobre el criterio utilizado por la Sala de Primera Instancia para determinar la aplicabilidad del artículo 2 del Estatuto que a la letra establece: “*The international tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949*”¹⁰⁹ y así determinar si las víctimas eran personas protegidas en los términos de estos convenios.¹¹⁰ En razón de que la Sala de Apelaciones, al analizar la moción interlocutoria sobre la jurisdicción del tribunal por materia, estableció que este artículo es aplicable únicamente para conflictos armados internacionales. Específicamente, la Sala de Apelaciones estableció que el conflicto armado internacional es un requisito necesario para el sistema de violaciones graves al

¹⁰⁹ “El Tribunal Internacional tendrá el poder de enjuiciar a personas que cometan infracciones graves a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.”

¹¹⁰ Conforme al artículo 4 del cuarto “Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra”, son personas protegidas aquellas que “*en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas.*” El texto en inglés utiliza la palabra “*nationals*”.

derecho internacional a la luz de la jurisdicción universal creada por los Estados parte de los Convenios de Ginebra.¹¹¹

Al respecto, vale la pena recordar que en Bosnia - Herzegovina se presentaron características de ambos tipos de conflicto armado. El Tribunal estableció que hasta el 19 de mayo de 1992¹¹² hubo un estado de conflicto armado internacional en parte del territorio de Bosnia – Herzegovina entre las fuerzas armadas de esta República y el ejército de la República Federal de Yugoslavia de manera conjunta con varios grupos paramilitares y las fuerzas armadas de los serbios de Bosnia,¹¹³ que posteriormente se convertiría en el ejército de la República Sprska. Sin embargo, podría realizarse una extensión de la aplicación del derecho internacional humanitario que regula los conflictos armados internacionales, si existiera un involucramiento del ejército y gobierno de la República Federal de Yugoslavia después del retiro formal del ejército popular de Yugoslavia el 19 de mayo de 1992.

En este sentido, para determinar la existencia de un conflicto armado internacional en la República de Bosnia – Herzegovina de manera posterior al 19 de mayo de 1992, fue necesario comprobar un grado de involucramiento del ejército de la República Federal de Yugoslavia, después de su retiro formal. No

¹¹¹ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la moción preliminar sobre la jurisdicción del tribunal, Op. Cit., § 81.

¹¹² Fecha de la retirada formal del Ejército de la República de Bosnia – Herzegovina y en la que el Consejo de Seguridad en la resolución S/RES/752 (1992) exigió el cese de la injerencia externa y que las unidades del Ejército Popular Yugoslavo y el Ejército Croata se retiraran o se sometieran a la autoridad del gobierno de Bosnia – Herzegovina.

¹¹³ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, Op. Cit., § 569.

obstante que las partes en el conflicto – el gobierno de Bosnia – Herzegovina y los rebeldes – suscribieron un convenio el 22 de mayo de 1992 que sugiere que veían al conflicto como no internacional.¹¹⁴

De esta forma, la Sala de Primera Instancia para determinar si los hechos imputados a Duško Tadić se realizaron en un contexto de conflicto armado internacional, estaban relacionados con este conflicto y si las víctimas podían ser consideradas como personas protegidas en términos de los Convenios de Ginebra, recurrió al test de control efectivo aplicado por la Corte Internacional de Justicia en el “Caso sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)”. Ya que *“a sufficient nexus must be established between the alleged offence and the armed conflict which gives the rise to the applicability of international humanitarian law.”*¹¹⁵

En el “Caso sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”, la Corte Internacional de Justicia estableció que para determinar la existencia de una relación de control y dependencia entre los Contras y el gobierno de los Estados Unidos de América que considerara a este grupo armado, para efectos legales, como un órgano de los Estados Unidos o que actuara de parte del gobierno de este país.¹¹⁶ La corte utilizó un test de control

¹¹⁴ Cfr. GREENWOOD, Christopher, “The development of international humanitarian law by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia” en Max Planck Yearbook of United Nations Law, no. 2, 1998, p.118.

¹¹⁵ “se debe establecer un nexo suficiente entre el presunto delito y el conflicto armado que dé lugar a la aplicación del derecho internacional humanitario” TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, Op. Cit., § 572.

¹¹⁶ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), Sentencia sobre el fondo, 1986, § 109, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.

con un umbral alto para determinar si un grupo armado podía ser considerado como un agente *de facto* del Estado. A dicho test se le denominó el control efectivo. De acuerdo con la Corte, aún con el control general de los Estados Unidos sobre los Contras, ello no significó que el gobierno de ese país hubiera dado instrucciones a este grupo o que éste hubiera sido obligado a realizar los actos violatorios de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.¹¹⁷

Es decir, para considerar a los Contras como agentes de facto, era necesario que existiera una prueba complementaria a la dependencia del gobierno de los Estados Unidos de América que demostrara que algún órgano *de iure* de los estados unidos les hubiera “ordenado o impuesto, el perpetrar actos contrarios a los derechos humanos o al derecho humanitario”.¹¹⁸ Es claro que la Corte interpreta por control efectivo la emisión de instrucciones específicas para cada operación, o que el agente *de facto* estuviera obligado a realizar cada una de las operaciones ordenadas por el Estado.¹¹⁹

En este sentido, Sala de Primera Instancia del Tribunal debió determinar si se cumplían los requisitos señalados por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua contra Estados Unidos, es decir, si además de la dependencia de la República Sprska y sus fuerzas armadas hacia la República Federal de

¹¹⁷ *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), Op. Cit., § 115.

¹¹⁸ GÓMEZ ROBLEDO, Alonso, Corte Internacional de Justicia. Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Caso Emblemático, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, p. 49.

¹¹⁹ *Cfr.* CASSESE, Antonio, “The Nicaragua and Tadić test revisited in light of the ICJ judgement on Genocide in Bosnia”, en The European Journal of International Law, Vol. 18, No. 4, 2007, p.653.

Yugoslavia, algún órgano *de iure* de esta última había dado instrucciones u obligado al ejército de la República Sprska o a su gobierno para realizar cada una de las operaciones en las que se cometieron violaciones graves al derecho internacional humanitario, en cuyo caso, tanto el ejército o el gobierno serían considerados como agentes de facto y la conducta sería atribuible a la República Federal de Yugoslavia, conforme al derecho de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

En cuanto al ejército de la República Sprska, la Sala de Primera Instancia estableció, al igual que la Corte Internacional de Justicia, que había un alto grado de dependencia del gobierno de la República Federal de Yugoslavia e incluso de sus fuerzas armadas, ya que al momento del retiro del Ejército de la República Federal de Yugoslavia del territorio de Bosnia – Herzegovina, los oficiales y oficiales no comisionados que no eran de origen bosnio y decidieron permanecer en el territorio de esta República, se convirtieron en miembros del ejército de la República Sprska. Adicionalmente, la mayoría del “*materiel*”¹²⁰ retirado de Eslovenia y Croacia fue proporcionado a las fuerzas armadas de esta República. Varios coroneles y oficiales que, tras el retiro formal de la fuerzas de la República Federal de Yugoslavia, pasaron a formar parte del ejército de la República Sprska, continuaron recibiendo su salario y pensiones de parte del gobierno de la República Federal de Yugoslavia hasta 1996.¹²¹ Sin embargo, no fue posible

¹²⁰ A lo largo de la presente tesis se utiliza al término *materiel* en referencia al armamento de los diversos grupos en conflicto.

¹²¹ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, Op. Cit., § 589 – 595.

establecer el grado de control requerido por el test de control efectivo. Tampoco se pudo determinar una cadena de mando entre la República Federal de Yugoslavia y la República Sprska pues los líderes políticos de esta República fueron electos popularmente. Por todo ello, no fueron considerados como agentes *de facto* de la República Federal de Yugoslavia.¹²² Vale la pena resaltar que se determinó la existencia de cierta coordinación y comunicación entre el ejército serbio y las fuerzas armadas serbo bosnias, así como entre los gobiernos de ambas repúblicas.¹²³

Ante la imposibilidad de determinar la existencia de un grado de control suficiente como para considerar a la República Sprska y a su ejército, el Fiscal del Tribunal impugnó el razonamiento de la sentencia de la Sala de Primera Instancia. Ya que al no ser atribuidas las conductas de la República Sprska y sus fuerzas armadas a la República Federal de Yugoslavia, no resultaba aplicable el artículo 2 del Estatuto del Tribunal, por lo tanto el conflicto no tenía el carácter de internacional y las víctimas no podrían ser consideradas como personas protegidas en términos del “Cuarto Convenio de Ginebra”.¹²⁴

2.2. La sentencia de la Sala de Apelaciones y la Noción de Control

Global: innovación en la atribución de la conducta.

En la apelación, el Fiscal sostuvo que se cumplieron todos los requisitos en los cargos 8, 9, 12, 15, 21 y 32 de la Acusación que inculpaban a Duško Tadić

¹²² *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, Op. Cit., § 607.

¹²³ *Cfr. Ibidem*, § 596 – 606.

¹²⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 22.

por cometer violaciones graves bajo el artículo 2 del Estatuto del Tribunal y que la Sala de Primera Instancia erró al recurrir al test de control efectivo para determinar si se cumplía con los requisitos para la aplicabilidad del artículo 2 del Estatuto.

En este sentido, el Tribunal debió aplicar el artículo en mención y considerar a las víctimas de los cargos antes citados como personas protegidas bajo el “Cuarto Convenio de Ginebra” y, que desde su punto de vista, resulta aplicable el test sobre un vínculo demostrable. Asimismo, afirmó que el test de control aplicado en el caso Nicaragua contra Estados Unidos de América era diferente al que se tenía que aplicar a este caso porque la Corte Internacional de Justicia debió determinar la responsabilidad del Estado y no la responsabilidad penal individual.¹²⁵

De manera adicional, el Fiscal sostuvo que aún con la aplicación de este test de control, bajo los hechos del caso, se demostraba que el ejército de la República Sprska, era controlado de manera efectiva por la República Federal de Yugoslavia.¹²⁶

Por otro lado, la defensa de Duško Tadić sostuvo que la Sala de Primera Instancia estuvo en lo correcto al aplicar el test de control efectivo, que resultaba engañoso diferenciar el test de control efectivo aplicado en el caso Nicaragua pues la Corte debió determinar qué derecho internacional humanitario era aplicable a la situación en ese país. Asimismo, sostuvo que el test sobre el vínculo

¹²⁵ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 68 – 73.

¹²⁶ *Cfr. Ibidem*, § 74

demostrable no tenía fundamento en el derecho internacional y por lo tanto, no es aplicable al caso, además de que no es claro qué grado de control satisface este test. En cuyo caso, existiría inseguridad jurídica.¹²⁷

2.2.1. Atribución de la conducta al Estado como problema central y preliminar.

Del análisis del caso hasta aquí realizado, se desprende que para que las víctimas fueran consideradas como personas protegidas conforme al artículo 2 del Estatuto del Tribunal y al “Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949”, era necesario que fueran víctimas de un conflicto armado internacional.

En este sentido, el conflicto en los Balcanes, y en específico en el territorio de la República de Bosnia – Herzegovina, presentaba características de un conflicto de naturaleza mixta – tanto internacional como interno – que hacía difícil determinar el derecho internacional humanitario aplicable. Por lo que para resolver la apelación interpuesta por el Fiscal debía establecer, si a partir del retiro formal del ejército de la República Federal de Yugoslavia, el conflicto se había convertido en un conflicto interno o aún era de naturaleza internacional. Para ello, era necesario determinar si las fuerzas armadas serbo – bosnias podrían ser consideradas como agentes *de iure*, *de facto* o un poder extranjero.¹²⁸

Es decir, el meollo del asunto es una cuestión preliminar a la internacionalización de un conflicto: determinar la forma en la que se atribuye una

¹²⁷ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., 75 – 79.

¹²⁸ Cfr. *Ibidem*, § 87.

conducta al Estado o un individuo o grupo de individuos puede ser considerado agente de facto de determinado Estado. En el caso específico del derecho internacional humanitario, este aspecto plantea las condiciones bajo *“las cuales un grupo armado que combate contra las fuerzas armadas gubernamentales puede ser considerado como un agente de facto de un Estado extranjero”*.¹²⁹

Como se mencionó anteriormente, en términos del artículo 8 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, una conducta de una persona o grupo de personas es atribuible a un determinado Estado cuando éstas actúan bajo la dirección o control del mismo. Este artículo, como bien lo señala la Comisión de Derecho Internacional, es un principio general.¹³⁰

Desde el derecho internacional humanitario, la Sala de Apelaciones señaló como punto de partida el criterio establecido para los combatientes legales en el artículo 4, inciso A del “Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra”. La Sala de Apelaciones estableció que bajo este convenio, las milicias, grupos armados o unidades deben ser vistas como combatientes legales si:

- Forman parte de las fuerzas armadas;
- Pertenecen a alguna de las partes en conflicto; y,
- Reúnen los siguientes requisitos:

¹²⁹ SASSÒLI, Marco, “La responsabilidad del Estado por las violaciones al derecho internacional humanitario” en *Revista internacional de la Cruz Roja*, No. 846, 30 de junio de 2002. Disponible en <http://bit.ly/1hJsBqL>, consultado el 23 de agosto de 2015.

¹³⁰ *Cfr.* COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, with commentaries”, *Op. Cit.*, p. 47.

- estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
- tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;
- llevar las armas a la vista; y,
- dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

Por lo que una de sus consecuencias lógicas es que las unidades paramilitares pertenezcan a un Estado distinto al que están atacando. En consecuencia, el concepto de violaciones graves a los Convenios de Ginebra resultaría aplicable.

Sobre el requisito de pertenecer a una de las partes en conflicto, se ha señalado que éste es un test mucho más fácil de cumplir, ya que sólo demanda una forma de aceptación expresa o tácita por parte del Estado y los individuos involucrados.¹³¹ Aunque este requisito no parece claro, la Sala de Apelaciones considera que implícitamente se refiere a un test de control para atribuir una conducta de agentes *de facto* a un determinado Estado¹³² y que el derecho internacional humanitario hace responsables a quienes ejercen autoridad, así como a aquellos que ejercen el poder *de facto* o ejercen algún grado de control sobre los perpetradores de las violaciones al derecho humanitario.¹³³

De tal manera que, una cuestión *a priori* compartida por el derecho de la responsabilidad internacional y, en este caso, el derecho internacional

¹³¹ Cfr. DEL MAR, Katherine, "The requirement of 'belonging' under international humanitarian law", en *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010, p. 112.

¹³² Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, "Fiscal contra Duško Tadić", Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 92 – 97.

¹³³ Cfr. *Ibidem.*, § 96

humanitario para determinar la internacionalización de un conflicto, es saber cuáles son las condiciones para que las acciones de individuo o un grupo de individuos resulten imputables al Estado. De manera lógica, estas deberían ser las mismas, tanto para la responsabilidad del Estado, como para la internacionalización del conflicto.¹³⁴

En este sentido, existe una relación entre el derecho internacional humanitario y la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos.¹³⁵ Por ejemplo: si los actos de un grupo militar o paramilitar en el Estado B son atribuibles al Estado A porque éste financió y supervisó al grupo paramilitar, el conflicto será de carácter internacional. Asimismo, el Estado A será responsable bajo el derecho internacional general por sus actos.¹³⁶

En palabras formuladas en el apartado 1.3.3., tanto para el derecho de la responsabilidad internacional como para el derecho internacional humanitario, un agente de facto existe cuando un Estado ejercita un grado de dirección o control sobre un individuo o grupo de individuos o bien estos actúan obedeciendo las instrucciones del mismo. Así, en términos del derecho internacional humanitario consuetudinario, el Estado estaría obligado a respetar y hacer respetar el *ius in bello*, pues “*las partes en conflicto deberán respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por sus fuerzas armadas, así como por otras personas*

¹³⁴ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 104.

¹³⁵ Aunque existen diversos autores que señalan que el problema era distinto, pues las competencias de ambas jurisdicciones eran distintas. Cfr. DEL MAR, Katherine, Op. Cit., p. 114.

¹³⁶ Cfr. VAN DEN HOLE, Leo, Op. Cit., p. 279.

*y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control.”*¹³⁷

2.2.2. Los problemas del test aplicado en el caso Nicaragua señalados por la Sala de Apelaciones.

En este sentido, al revisar la sentencia de primera instancia, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, correctamente revirtió el razonamiento de la Sala de Primera Instancia del Tribunal. Señaló que el test de control efectivo no era consonante con la lógica del derecho internacional y variaba de la práctica estatal y judicial existente.¹³⁸

Sobre la primera afirmación, la Sala de Apelaciones analizó las reglas establecidas en los “Artículos Sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” y concluyó que independientemente de si el Estado emitió o no instrucciones específicas, éste debía ser responsable por los actos que realizaron sus agentes *de facto*, sean *ultra vires* o *contra legem*. La razón es evitar que el Estado se escude en lagunas en su sistema jurídico interno o en la falta de instrucciones específicas para evitar la responsabilidad internacional.

Al respecto, sobre el artículo 8 del Proyecto Crawford que plasma el principio por el cual se considerará *“hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si*

¹³⁷ Regla número 139 del estudio publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. HENCKAERTS Jean – Marie y DOSWALD – BECK, Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol. I Normas, Op. Cit., p. 559.

¹³⁸ *Cfr.* SASSÒLI, Marco, y OLSON, Laura M. “The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadić case: new horizons for international humanitarian law and criminal law?” en Revue Internationale de la Croix Rouge, 2000, no 839, p. 739.

*esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento,*¹³⁹ señaló que la razón detrás de este artículo es prevenir que los Estados lleven a cabo conductas violatorias del derecho internacional a través de personas o grupos de personas que no sean consideradas agentes del Estado y por lo tanto evadan su responsabilidad por esas violaciones al derecho internacional. Sin embargo, como se explicará más adelante, el grado de control varía de acuerdo a las circunstancias *de facto* de cada caso.

En este sentido, en concordancia con el capítulo II de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, la Sala de Apelaciones identificó 3 situaciones en las que una conducta de agentes que no son del Estado (*non State actors*) puede ser atribuida al Estado:

- Cuando a un individuo le es ordenado por un Estado a realizar algunos actos ilegales conforme al derecho internacional en el territorio de otro Estado. En cuyo caso es necesario demostrar que el primer Estado ejercía algún grado de control sobre el individuo y dio instrucciones para la comisión de esos actos violatorios.
- Una segunda situación es el hecho de que el Estado de manera pública otorga una aprobación retroactiva a las acciones de los individuos que fueron violatorias del derecho internacional.

¹³⁹ Artículo 8 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”.

- Una tercera situación, siempre que el Estado encarga a una persona o grupo de personas a realizar alguna actividad legal, pero en la ejecución de esta tarea, realizan actos violatorios del derecho internacional. En cuyo caso la conducta violatoria también es atribuible al Estado.¹⁴⁰

En cuanto a la afirmación de la variación del test utilizado por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua contra Estados Unidos con la práctica estatal y la jurisprudencia, de manera paradójica la Sala de Apelaciones recurre a un análisis de diversos casos que en su mayoría consisten en situaciones donde el Estado fue encontrado responsable por conductas de grupos armados en su propio territorio¹⁴¹.

El análisis realizado por la Sala de Apelaciones resulta criticable, en razón de que no sólo establece el test aplicable para la determinación del grado de control del agente de facto por parte del Estado, sino que va más allá y señala los test bajo los que se imputa una conducta violatoria del derecho internacional al Estado.

Como señalamos en líneas anteriores, un agente de facto existe cuando el Estado ejerce un grado de dirección o control sobre un individuo o grupo de

¹⁴⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, "Fiscal contra Duško Tadić", Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op.Cit., § 118 y 119.

¹⁴¹ *Cfr.* SASSÒLI, Marco, y OLSON, Laura M., Op. Cit., p. 740. La Sala de Apelaciones analizó los casos: Stephens Case entre México y Estados Unidos, Keneth P. Yeager Case entre Irán y Estados Unidos, el caso Loizidou c. Turquía en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso Jorgic en el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf, el caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, entre Estados Unidos e Irán y el caso Belsen. *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, "Fiscal contra Duško Tadić", Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 124 – 135.

individuos o bien estos actúan obedeciendo las instrucciones del mismo. En cuyo caso, el Estado está obligado a respetar el derecho internacional. Sólo si este agente *de facto* viola el derecho internacional, ya sea por instrucciones del Estado o por actos *ultra vires*, podría imputársele responsabilidad internacional al Estado, pero eso no es competencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, dadas las limitaciones impuestas desde su creación. Aunque, como bien lo afirma el ex presidente del Tribunal, la Corte Internacional de Justicia establece el control efectivo sin explicar la base jurídica de su afirmación. En las sentencias de los dos casos resueltos por la Corte con base este test no existe referencia alguna a la práctica existente en el derecho internacional.¹⁴²

Por último, del análisis realizado por la Sala de Apelaciones, concluyó que las reglas secundarias para la atribución de una conducta al Estado no siempre requieren del mismo grado de control sobre los grupos armados para determinar cuándo pueden ser considerados como agentes de facto del Estado.¹⁴³ En este sentido, identificó dos grados de control para atribuir la conducta al Estado: el control global y el control efectivo que se analizarán en el siguiente apartado.

2.2.3. Los estándares de control sostenidos por la Sala de Apelaciones y la contradicción Nicaragua – Tadić.

Hasta el momento, en el análisis se han identificado 3 situaciones donde las conductas de una persona o grupo de personas son imputables a un Estado:

¹⁴² Cfr. CASSESE, Antonio, "The Nicaragua and Tadić test revisited in light of the ICJ judgement on Genocide in Bosnia", Op. Cit., p.653.

¹⁴³ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, "Fiscal contra Duško Tadić", Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 137.

cuando hay un grado de control e instrucciones de por medio para la realización de cierta conducta; cuando se otorga una aprobación retroactiva a la conducta de los individuos; y cuando un agente de *iure* del Estado realiza actos violatorios del derecho internacional, al llevar a cabo una comisión o mandato o tales actos violatorios son realizados como actos *ultra vires*. Para el análisis en este apartado, nos enfocaremos en la primera situación pues es la forma en la que se determina cuándo un individuo o grupo de individuos son agentes de facto del Estado. Las otras dos situaciones no debieron ser analizadas por la Sala de Apelaciones ya que son respecto a la atribución y determinación de la responsabilidad internacional del Estado.

Sobre la primera situación, la Sala de Apelaciones distinguió dos categorías en las que el Estado ejerce un grado de control y en cuyo caso resultaría suficiente para determinar la existencia de un agente de facto. Por un lado, individuos organizados con una estructura jerárquica dentro del grupo, que actúan en nombre del Estado sin instrucciones específicas, pero con apoyo de éste de forma tal que existe un grado alto de dependencia de los individuos hacia el mismo. Estos grupos normalmente tienen una cadena de mando y un conjunto de reglas. De manera normal un individuo no actúa, sino dentro de los estándares del grupo. Por lo que la Sala considera que para atribuir una conducta de este grupo al Estado, es suficiente que haya un grado de control global.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 120.

La Sala de Apelaciones considera que existe control global del Estado sobre un grupo militar organizado cuando éste, además de proporcionar ayuda financiera y asistencia militar, coordina o ayuda en la planeación de las actividades militares del grupo.¹⁴⁵ En este sentido, el Estado es responsable de los actos del grupo, sin importar si existen instrucciones específicas para cada uno de los actos realizados.¹⁴⁶

Por el otro lado, están los individuos o grupos de individuos no organizados, sin estructuras militares ni jerárquicas. En este caso, la Sala de Apelaciones estableció que la práctica requiere instrucciones específicas para que la conducta sea atribuible al Estado, o bien que haya habido una aprobación de los actos de manera posterior a la comisión de los mismos.¹⁴⁷ Es decir que, además de apoyo financiero, militar y logístico, es necesario que alguno de los órganos de gobierno del Estado haya dado instrucciones específicas a los individuos para realizar cierta conducta.

De acuerdo con el análisis de la Sala de Apelaciones, en el caso Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia distinguió entre dos categorías de personas sobre las que el gobierno de los Estados Unidos ejercía un grado de control y en cuyo caso podrían ser considerados agentes de facto del Estado:

¹⁴⁵ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 130, 131 y 137.

¹⁴⁶ *Cfr. Ibidem*, § 121.

¹⁴⁷ *Cfr. Ibidem*, § 132 y 137

- Los *Unilaterally Controlled Latino Assets*¹⁴⁸ que actuaron bajo la supervisión e instrucciones del personal de inteligencia de los Estados Unidos y pagados por el gobierno, y
- Los Contras, en los que existe una relación de dependencia y control del Gobierno de los Estados Unidos.¹⁴⁹

En el caso de los *Unilaterally Controlled Latino Assets*, como individuos sin una estructura militar y orden jerárquico, era necesario que el gobierno les diera instrucciones específicas para cada una de las operaciones militares. Algo que el gobierno de los Estados Unidos realizó y por lo que fue encontrado responsable. En el caso de los Contras, a pesar de ser un grupo militar organizado, la Corte consideró que la conducta no era atribuible al Estado, por lo que Estados Unidos no fue encontrado responsable de sus actos. De ahí que, como se mencionó en el apartado anterior, la Sala de Apelaciones afirmó que el análisis de la Corte era contrario a la lógica del derecho internacional general.

Así, es evidente la existencia de una confrontación de criterios, que para efectos de este trabajo se denominará la contradicción Nicaragua – Tadić. Por un lado la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua contra Estados Unidos, cuyo objeto era establecer la responsabilidad del Estado, señaló que para atribuir una conducta de un grupo armado a determinado Estado era necesario que existiera un grado de control efectivo. Por el otro, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, cuyo objeto era determinar

¹⁴⁸ Activos Latinos Controlados Unilateralmente.

¹⁴⁹ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 109.

si el conflicto en Prijedor era un conflicto de naturaleza internacional, señaló que el grado de control variaría en función de las circunstancias: si el grupo armado contaba con una estructura jerárquica, como los Contras y el ejército de la República Sprska, únicamente se requería del control global. En cambio si no existía una estructura jerárquica en el grupo, de tal manera que hacía imposible determinar una cadena de mando, se requería de la existencia de instrucciones específicas para la realización de cada uno de los actos atribuibles al Estado, lo que la Corte llamó control efectivo.

En este sentido, pareciera que ambas jurisdicciones contemplan dos grados de control distintos. Uno para determinar la responsabilidad del Estado, en cuyo caso, se requiere de un umbral más alto de control y otro para la internacionalización de un conflicto, bajo el argumento de que el derecho internacional humanitario (*ius ad bellum*) es *lex specialis*;¹⁵⁰ en cuyo caso el derecho internacional humanitario sería menos obligatorio y tendría grandes deficiencias.¹⁵¹ Como se verá en el capítulo siguiente, este razonamiento fue utilizado por la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia – Herzegovina contra Serbia.

¹⁵⁰ AZAROV, Valentina, "Internationalization and attribution. The Tadić analysis in the Genocide in Bosnia Case" the Westminster International Law & Theory Centre Online Working Papers, University of Westminster, No.2, 2009, pp. 29 – 34. Consultado en <http://ssrn.com/abstract=1470800>, el 20 de Agosto de 2015.

¹⁵¹ SASSÒLI, Marco, "La responsabilidad del Estado por las violaciones al derecho internacional humanitario", Op. Cit., *Supra*, Nota 129.

2.3. La atribución de la conducta del ejército de la República Sprska a la República Federal de Yugoslavia.

En el caso objeto de análisis de este capítulo, la Sala de Apelaciones señaló que había una dependencia del ejército de la República Sprska hacia la República Federal de Yugoslavia, con base en dos factores: por un lado la transferencia de los efectivos del primer cuerpo militar de Krajina al ejército de esta nueva entidad que enfrentó al gobierno de Bosnia – Herzegovina y, por el otro, la República Federal de Yugoslavia continuó con el pago de los salarios de los efectivos en este cuerpo militar. El grado de dependencia fue tal que, incluso después del retiro formal del ejército de la República Federal de Yugoslavia, el ejército de la República Sprska sólo cambió el nombre y tenía los mismos objetivos y estrategias militares que el ejército de la República Federal de Yugoslavia.¹⁵²

En cuanto a las instrucciones, la Sala consideró que existían evidencias de comunicación constante entre Belgrado y Banja Luka, así como una cadena de mando entre el ejército de la República Sprska y las autoridades de la República Federal de Yugoslavia. Incluso, la Sala afirmó que de manera aparente después del 19 de mayo de 1992, el ejército de la República Sprska actuó bajo las instrucciones y mando de Belgrado.¹⁵³

De manera adicional, la Sala de Apelaciones señaló como evidencia que la República Federal de Yugoslavia firmó la Paz de Dayton en nombre de los

¹⁵² *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “Fiscal contra Duško Tadić”, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Op. Cit., § 150 y 151.

¹⁵³ *Cfr. Ibidem*, §152

serbios de Bosnia. Sin embargo, como lo apuntan Marco Sassoli y Laura Olson, las negociaciones de la Paz de Dayton fueron encabezadas y firmadas por el gobierno de la República Federal de Yugoslavia porque los Estados Unidos se negaron a negociar con los serbios de Bosnia.¹⁵⁴

En este sentido, la Sala de Apelaciones encontró que el conflicto armado en Prijedor era un conflicto armado internacional porque la República Federal de Yugoslavia ejercía control global sobre el ejército de la República Sprska. Por lo tanto, se reunían los requisitos para aplicar al conflicto el artículo del Estatuto del Tribunal, sobre las violaciones graves a los Convenios de Ginebra. Con ello, las víctimas podrían ser consideradas personas protegidas en términos del artículo 4 del “Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949”.

Para cerrar este capítulo, es importante mencionar que, a pesar de que hay doctrinarios que sostienen que el conflicto dibujado a lo largo del presente capítulo es inexistente y que la Sala de Apelaciones y la Corte Internacional de Justicia formularon un test de control y dirección,¹⁵⁵ lo cierto es que es evidente que existen criterios contradictorios entre ambas jurisdicciones internacionales. El mismo autor que sostiene que la Sala de Apelaciones formuló un test de control y dirección, afirmó que sería lógico que la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia – Herzegovina contra Serbia aplicara este test.¹⁵⁶ Algo que, como se verá en el capítulo siguiente no pasó, la Corte regresó al test de control

¹⁵⁴ Cfr. SASSOLI, Marco y OLSON, Laura M., Op. Cit., p. 741.

¹⁵⁵ Cfr. VAN DEN HOLE, Leo, Op. Cit., p. 279.

¹⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 287.

formulado en el caso Nicaragua contra Estados Unidos. Por lo que en la jurisprudencia de estas dos jurisdicciones existe un doble estándar para la misma situación.¹⁵⁷

¹⁵⁷ *Cfr.* SASSÒLI, Marco, y OLSON, Laura M., *Op. Cit.*, p. 740.

3. La Noción de agente de facto y el control efectivo en el caso Bosnia Herzegovina contra Serbia.

El 26 de febrero la Corte Internacional de Justicia publicó su sentencia para el “caso sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina contra Serbia)”. Por segunda vez la Corte interpretó a la Convención, en esta ocasión tuvo la oportunidad de hacerlo en relación con las obligaciones impuestas a los Estados, así como en la responsabilidad en la que pueden incurrir. Adicionalmente, estableció que un Estado no cumplió con sus obligaciones de prevenir y sancionar el delito de genocidio.¹⁵⁸ Asimismo, de manera controversial, señaló las reglas de atribución por las que el Estado –Serbia en este caso – sería responsable extraterritorialmente del delito de genocidio cometido por las fuerzas de los serbios de Bosnia.¹⁵⁹

Decimos que las reglas de atribución fueron fijadas de manera controversial porque la Corte analizó dos precedentes: Nicaragua contra Estados Unidos y el caso Tadić. En el análisis realizado por la Corte, en lugar de aclarar la controversia señalada en el capítulo anterior, se agudizó.

El origen de este caso es la demanda interpuesta el 20 de marzo de 1993 ante la Secretaría de la Corte por la República de Bosnia – Herzegovina en contra

¹⁵⁸ *Cfr.* MARQUES RUEDA, Efrén Gustavo, “Comentarios al fallo pronunciado por la Corte Internacional de Justicia el 14 de febrero de 2007 con relación al caso sobre la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio en el asunto Bosnia Herzegovina c. Serbia”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol., 8, 2008, p. 887.

¹⁵⁹ *Cfr.* GIBNEY, Mark, “Genocide and State Responsibility”, en Human Rights Law Review, Vol. 7. No. 3, Octubre 2007, Oxford University Press y the University of Nottingham, p. 760.

de la República Federal de Yugoslavia. En ella se alegaba la violación por parte de Yugoslavia de las obligaciones emanadas de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” y en especial por la comisión del delito de genocidio. Bosnia – Herzegovina invocó como fundamento para la jurisdicción de la Corte el artículo IX de dicha.¹⁶⁰

Dentro de las pretensiones de Bosnia – Herzegovina destaca que la Corte juzgara y declarara que la República Federal de Yugoslavia violó la Convención al destruir en parte e intentar destruir en su totalidad a grupos nacionales, étnicos o religiosos al interior de la República de Bosnia – Herzegovina, pero en particular a la población musulmana a través de matanzas de las conductas establecidas en el artículo II de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”, así como por la ayuda y asistencia brindada a los perpetradores de las violaciones a dicha Convención. Por otro lado, la República Federal de Yugoslavia argumentó que los actos señalados por la República de Bosnia – Herzegovina no le eran imputables conforme a las reglas de atribución establecidas en el derecho internacional.¹⁶¹

En este sentido, en el presente capítulo nos enfocaremos en el análisis realizado por la Corte para determinar las condiciones bajo las cuales las

¹⁶⁰ *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, 26 de febrero de 2007, § 1. Vale la pena resaltar que la jurisdicción de la Corte fue uno de los problemas a los que se les otorgó mayor atención debido a que el Consejo de Seguridad no consideró a la República Federal de Yugoslavia como Estado sucesor de la República Federativa Socialista de Yugoslavia. *Cfr.* Apartado 1.1.

¹⁶¹ Para una revisión completa de las pretensiones de ambas partes *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, *Op. Cit.*, § 64 – 66. O bien, el cuadro comparativo realizado por Efrén Gustavo Marqués Rueda en MARQUES RUEDA, Efrén Gustavo, *Op. Cit.*, p. 889 – 892.

acciones, catalogadas como genocidio, fueron realizadas por un agente de facto de Serbia, y por lo tanto trataremos de determinar si resultan imputables a este Estado.

3.1. Interpretación de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” y análisis de los hechos en Srebrenica a la luz de la misma.

La Corte Internacional de Justicia revisó a la luz de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” los hechos en Sarajevo, Prijedor, Banja Luka, Brčko y Srebrenica, todas comunidades ubicadas dentro del territorio de la República de Bosnia – Herzegovina. Llegó a la conclusión de que sólo en la zona de seguridad de Srebrenica se había cometido genocidio.

De la interpretación realizada por la Corte, se advierte que la Convención impone a los individuos y a los Estados parte, la obligación de no cometer genocidio. En palabras de la Corte, *“the article [I] does not expressis verbis require States to refrain from themselves committing genocide. However, [...] taking into account the established purpose of the Convention, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide.”*¹⁶²

¹⁶² “el artículo [I] no exige *expressis verbis* a los Estados que se abstengan de cometer genocidio. Sin embargo, [...] tomando en cuenta el propósito de la Convención, el efecto del artículo es la prohibición del genocidio a ellos mismos” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 166.

Es decir, el genocidio tiene una naturaleza dual: responsabilidad penal individual y responsabilidad internacional del Estado.¹⁶³ Por lo tanto, con independencia de los procesos penales seguidos en contra de los individuos, como autores materiales del genocidio, el Estado podría ser encontrado responsable si la conducta de estos individuos se pudiera atribuir al Estado.¹⁶⁴ Una evidencia clara de la complementariedad de la responsabilidad penal internacional y la responsabilidad internacional del Estado, tal y como fue sostenido en el apartado 1.3.3. de la presente tesis.

Por otro lado, la Corte considera que el genocidio, en términos de los artículos II y III de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” comprende actos y la intención de perpetrarlo. Es decir, las matanzas de un grupo protegido, el daño físico o mental, las medidas que se impongan para prevenir los nacimientos al interior del grupo y la transferencia forzada de niños de un grupo a otro, deben ser intencionales (*actus reus*). Además, cada una de las conductas antes descritas debe estar encaminada de manera específica a destruir en su totalidad o en parte a un grupo protegido por la convención (*dolus specialis*).¹⁶⁵ Lo que nos revela que el genocidio requiere de

¹⁶³ Cfr. CASSESE, Antonio, “On the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide”, en Journal of International Criminal Justice, Vol. 5, No. 4, Septiembre de 2007, p. 877.

¹⁶⁴ Cfr. QUEL LOPEZ, Francisco Javier, “Construyendo la responsabilidad del Estado desde la responsabilidad penal individual. La intersección de ámbitos materiales y jurisdicciones.” En SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio, et. al. (eds.) El poder de los jueces y el estado actual del derecho internacional. Análisis críticos de la jurisprudencia internacional (2000 – 2007). Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, p.538.

¹⁶⁵ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 186 y 187.

una doble intencionalidad: primero, que las conductas enumeradas en el artículo II de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” sean perpetradas de manera intencional; y segundo, que esas conductas estén enfocadas a la destrucción total o parcial de un grupo protegido.

Para la determinación del grupo protegido por la Convención, la República de Bosnia – Herzegovina señaló, en sentido negativo, que era toda la población no serbia, con especial énfasis en la población musulmana.¹⁶⁶ Sin embargo, la Corte interpretó que el grupo protegido, debía ser definido por su carácter nacional, étnico, racial o religioso. Por lo tanto, el *dolus specialis* debe estar enfocado a la destrucción de un grupo de personas con una identidad de grupo particular.¹⁶⁷

En la interpretación de la frase “en parte”, la Corte señaló que se debían cumplir los siguientes 3 criterios:

- La intención debe ser destruir una parte sustancial del grupo;
- Puede ser en un área geográfica limitada; y
- La evaluación del número de personas al que están dirigidas las acciones debe evaluarse en relación con el tamaño global del grupo.¹⁶⁸

De esta manera, es evidente que la Corte adoptó un estándar positivo y objetivo – subjetivo, al considerar que el grupo protegido debía ser definido

¹⁶⁶ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 191 y 192.

¹⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, § 193 – 196.

¹⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, § 198 – 200.

mediante las características antes descritas y la autopercepción de los miembros del grupo como tal.¹⁶⁹ Así se impidió que el genocidio se convirtiera en un delito inespecífico de destrucción basado en motivos discriminatorios.¹⁷⁰

3.1.1. Del deterioro de la situación humanitaria a la caída de la zona segura de Srebrenica.

Una vez señalado el derecho aplicable por la Corte Internacional de Justicia, es necesario aclarar los hechos en la zona de Srebrenica que terminaron en la perpetración del genocidio en contra de los musulmanes del enclave de Srebrenica. En el análisis del caso, la Corte Internacional de Justicia se limitó a citar algunos párrafos de diversos casos en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Situación por demás criticable, pues la Corte, aparentemente no realizó un análisis de los hechos y mucho menos explicó por qué adoptó el razonamiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de los hechos a la luz de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”.¹⁷¹

No obstante ello, para tener una mayor claridad, se explicará lo sucedido en Srebrenica en 1995 a la luz del caso Krstic¹⁷² y del “Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General sobre la caída de Srebrenica”.

¹⁶⁹ *Cfr.* KREß, Claus, “ The International Court of Justice and the elements of the crime of genocide”, en The European Journal of International Law, Vol. 18, No. 4, 2007, p. 624.

¹⁷⁰ *Cfr. Idem.*

¹⁷¹ *Cfr.* KREß, Claus, Op. Cit., p. 620.

¹⁷² *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Radislav Krstic, sentencia de primera instancia, 2 de agosto de 2001.

Como se señaló anteriormente, al desintegrarse la República Federativa Socialista de Yugoslavia, explotó un conflicto que presentó diversas complejidades para el derecho internacional, así como para la comunidad internacional y las organizaciones internacionales. Algunas de estas fueron la toma por los serbios de Bosnia de la zona segura de Srebrenica,¹⁷³ los ataques al batallón holandés que se encontraba en la zona y la posterior perpetración del genocidio.

En enero de 1995, un batallón de 600 soldados holandeses llegó a la zona segura. El cuartel del batallón se instaló en Potočari, a unos 6 o 7 kilómetros al norte de la ciudad de Srebrenica. Los soldados holandeses únicamente contaban con armas ligeras.¹⁷⁴ Por el contrario, los serbios de Bosnia, parte del cuerpo de Drina del Ejército de República Sprska, eran entre 1000 y 2000 elementos, estaban armados con artillería, equipos blindados, tanques y morteros. Todo el *matériel* había sido proporcionado por el ejército de la República Federativa Socialista de Yugoslavia o el ejército de la República Federal de Yugoslavia. Además, contaban con una estructura de mando desarrollada, así como experiencia en tareas de inteligencia, información y operaciones psicológicas. Asimismo, como se mencionó anteriormente, los oficiales que habían formado

¹⁷³ La presencia internacional en la zona era limitada: 3 observadores militares de la fuerza de protección de Naciones Unidas, había una oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados que funcionaba con personal local, un pequeño núcleo de Médico sin Fronteras, y el “Proyecto sueco de albergue provisional” administrado por personal local. *Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, Op. Cit., § 232.*

¹⁷⁴ *Cfr. Ibidem, § 226 - 230.*

parte del extinto ejército popular de Yugoslavia, mantenían su salario, sufragado con fondos del ejército yugoslavo.¹⁷⁵

Por el lado de la República de Bosnia – Herzegovina había entre 3,000 y 4,000 efectivos. Sin embargo, su armamento era por demás precario y se veía constantemente disminuido por el continuo desarme derivado de distintos acuerdos de desmilitarización. Aunque, al igual que en el caso de los serbios, no respetaban estos acuerdos a cabalidad.¹⁷⁶

Durante la primera mitad de 1995 la situación en Srebrenica se deterioró de manera rápida. A partir de febrero de ese año, el ejército de la República Sprska comenzó a limitar el ingreso de la ayuda humanitaria. Las reservas de comida, medicinas, combustible y municiones se redujeron drásticamente, como resultado de una directiva dirigida por el presidente de la República Sprska, Radovan Karadžić, ante la presión internacional por terminar el conflicto y firmar la paz. En la directiva antes referida ordenó completar la separación física de Srebrenica y Žepa. De manera posterior, en otra directiva, dispuso la realización de operaciones de combate en los alrededores del enclave.¹⁷⁷

A finales de abril, el batallón de soldados holandeses se vio reducido en 150 elementos porque a un grupo que gozaba de una licencia se le impidió regresar. Ante ello, el comandante del batallón afirmó que los miembros del

¹⁷⁵ *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, Op. Cit., § 230.

¹⁷⁶ *Cfr. Ibidem*, § 230 – 231.

¹⁷⁷ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Radislav Krstić, Op. Cit., § 26, 28 y 29.

batallón ya no querían ni podían “*considerarse imparcial[es] debido a la política del gobierno y el ejército de los serbios de Bosnia*”.¹⁷⁸

La situación se agravó en julio de 1995. La Corte señaló que el comandante del cuerpo de Drina del ejército de la República Sprska, ordenó realizar operaciones de combate enfocadas a la reducción del enclave al área urbana de Srebrenica.¹⁷⁹ El ataque comenzó el 6 de julio, cuando el ejército de la República Sprska emprendió un ataque en contra de varios puestos de observación de la fuerza de protección de Naciones Unidas, cuyo único objetivo era servir como posiciones para vigilar los movimientos en la zona de las partes en conflicto.¹⁸⁰ Además, se desarmó a los miembros del batallón holandés y algunos más fueron hechos prisioneros.¹⁸¹ Ante estos hechos, por lo menos en tres ocasiones el comandante del batallón holandés solicitó apoyo aéreo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte,¹⁸² en todas le fue negado en distintos niveles de mando.

¹⁷⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, Op. Cit., § 233 – 235.

¹⁷⁹ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 282.

¹⁸⁰ El 6 de julio de 1995 un proyectil impactó el puesto de observación de Foxtrot. El 9 de julio fueron atacados los puestos de Uniform, Kilo, Mike, Sierra y Delta. Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, Op. Cit., § 227 – 228, 241, 265 – 272.

¹⁸¹ Cfr. Ibidem, § 265 y 269.

¹⁸² El 6 de julio tras el impacto al puesto de observación de Foxtrot; el 8 de julio, cuando el ejército de la República Sprska se apoderó del mismo puesto de observación; el 9 de julio, después de establecer una posición de bloqueo en la zona de seguridad. Sobre esta última existió una confusión pues en el batallón holandés pensaron que la petición del 9 de julio era con carácter permanente y el representante especial afirmó el 11, tras una nueva solicitud, que no se había recibido solicitud alguna. Ante ello, el Secretario General afirmó que hasta la caída de Srebrenica se recibieron por lo menos 3 solicitudes de apoyo aéreo, si es que no 5. Ibidem, § 243, 273, 297 y 304.

De acuerdo con pruebas obtenidas por el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, ante la escasa resistencia de la Fuerza de Protección de Naciones Unidas y de los bosniacos, así como la escasa respuesta internacional, la tarde del 9 de julio el presidente Karadžić ordenó al ejército de la República Sprska tomar la ciudad.¹⁸³ El 11 de julio los ataques se intensificaron: se abrió fuego directo contra las posiciones del batallón holandés. Se volvió a pedir nuevamente apoyo aéreo, sin embargo llegó demasiado tarde. *“Las fuerzas serbias de Bosnia entraron en la ciudad sin tropezar casi con resistencia de la fuerza de protección de la UNPROFOR.”*¹⁸⁴

Más de 20,000 personas trataron de buscar refugio en el complejo del batallón holandés en Potočari porque era considerado la única zona segura en la paradójicamente declarada, por el Consejo de Seguridad, zona segura de Srebrenica, sin embargo, la mayoría de los hombres en edad militar no se refugió en el complejo, decidieron correr el riesgo de ir a pie a Tuzla.¹⁸⁵ Ante la gravedad de la situación, se decidió entablar negociaciones con el general Mladić, jefe del estado mayor de la República Sprska. Entre la noche del 11 y la mañana del 12 de julio se celebraron 3 reuniones, en las que Mladić aseguró que permitiría el retiro de la población civil y del batallón holandés del enclave.¹⁸⁶

¹⁸³ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Radislav Krstić, Op. Cit., § 33.

¹⁸⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, Op. Cit., § 304.

¹⁸⁵ *Ibidem*, § 308 – 310.

¹⁸⁶ *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 286 y 287.

3.1.2. Del *actus reus* exigido por la Convención: la matanza de miles de hombres musulmanes.

Tras la caída de la ciudad de Srebrenica en manos de los serbios de Bosnia, se iniciaron 9 días de matanzas en masa, dirigidas hacia los hombres de origen musulmán en edad militar. A pesar de haber sostenido reuniones de negociación con Ratko Mladić en las que se llegó a diversos acuerdos que los serbios de Bosnia no los respetaron. Se mantuvo el ataque a los miembros del batallón holandés.¹⁸⁷

El 12 de julio, se iniciaron deportaciones por parte de los miembros del ejército de la República Sprska. Primero se separó a los refugiados de Potočari en dos grupos: por un lado, hombres en edad militar; por el otro, mujeres, niños y ancianos. Los hombres fueron enviados a la “casa blanca”, una construcción situada frente al complejo holandés en Potočari.¹⁸⁸ Las mujeres, niños y ancianos eran deportados en autobuses hasta la línea de frente, de ahí eran obligados a caminar hasta las zonas controladas por el ejército de la República de Bosnia – Herzegovina. El primer día por lo menos 5,000 personas fueron enviadas a la Tišca en autobús y de ahí se les obligó a caminar aproximadamente durante 6 km hasta la línea de frente en Klandaj.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 319.

¹⁸⁸ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Radislav Krstic, Op. Cit., § 53.

¹⁸⁹ Es destacable que antes del inicio de las deportaciones el General Mladic se presentó con varias cámaras de televisión, ofreció dulces. Al mismo tiempo que frente a las cámaras dijo que se trasladaría a la población civil en autobuses al territorio controlado por las fuerzas de Alija. Posteriormente, en una conversación con un reportero afirmó que el “ejército no quiere luchar contra civiles ni contra las fuerzas de la UNPROFOR.”

Asimismo, se iniciaron las matanzas de manera esporádica y se sembró el terror entre la población civil en la zona.¹⁹⁰

El 13 de julio, de acuerdo al reporte del Secretario General, mientras continuaban las deportaciones de las mujeres, niños y personas de edad avanzada, los hombres en edad militar eran enviados a Bratunac. Al finalizar el día, la población civil de origen musulmán había sido completamente removida.¹⁹¹ La zona segura se había convertido en zona desierta.

Los hombres que habían huido al bosque,¹⁹² en los días siguientes a la toma de Srebrenica, comenzaron a rendirse ante los serbios de Bosnia que los perseguían. Al igual que los hombres que se encontraban en Srebrenica, fueron trasladados a Bratunac. De manera posterior fueron llevados a diversas zonas, donde fueron ejecutados entre el 14 y 22 de julio.¹⁹³ Cientos de ellos, al momento de su captura, fueron introducidos en un almacén agrícola en Karvica y ahí, asesinados a sangre fría con armas pequeñas o granadas.¹⁹⁴ En Bratunac, las víctimas fueron asesinadas de manera individual o en grupos pequeños, sin

¹⁹⁰ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Radislav Krstic, Op. Cit., § 43 – 47.

¹⁹¹ *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, Op. Cit., § 346 – 350

¹⁹² Se estiman entre 10,000 y 15,000 hombres. Estos fueron atacados con artillería el 12 de julio, mientras cruzaban una carretera. *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Radislav Krstic, Op. Cit., § 61 y 62.

¹⁹³ *Cfr.* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, Op. Cit., § 361.

¹⁹⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, Op. Cit., § 347.

embargo, la mayoría fueron asesinados en ejecuciones en masa cuidadosamente planeadas que comenzaron el 13 de julio.¹⁹⁵

Es imposible determinar el número exacto de personas ejecutadas en Srebrenica en aquel vergonzoso julio de 1995. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estimó que el número de víctimas ascendería a entre 7,000 u 8,000 hombres de origen musulmán.¹⁹⁶

En este sentido, la Corte consideró que se cumplió el *actus reus* exigido por el artículo II (a) de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”.¹⁹⁷ Es decir, se produjeron una serie de matanzas en contra de un grupo identificado: los musulmanes de Srebrenica.

3.1.3. Del *dolus specialis* exigido por la Convención: la negación del derecho de los musulmanes de Srebrenica a existir.

Como se señaló al inicio de este capítulo, la Corte Internacional de Justicia estableció que un elemento esencial del delito de genocidio era la existencia del *dolus specialis*, enfocado a la negación del derecho a existir de un grupo determinado, es decir, para que una conducta sea considerada genocidio, la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” requiere que exista una intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo. En el

¹⁹⁵ *Cfr.* TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Radislav Krstic, Op. Cit., § 67.

¹⁹⁶ *Cfr.* Ibidem, § 84.

¹⁹⁷ *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 290.

caso en particular, el grupo identificado fueron los musulmanes de Srebrenica. En este sentido, en este apartado será necesario determinar si existía la intención de destruir al grupo en sí.

La Corte Internacional de Justicia, de manera interesante se enfocó en identificar la existencia del *dolus specialis* desde una perspectiva colectiva.¹⁹⁸. Para ello señaló que de las acciones realizadas por el ejército de la República Sprska -en sentido colectivo-, era identificable la existencia de un plan para ejecutar a la población de hombres musulmanes en Srebrenica y que éste fue implementado a raíz de la caída de la zona segura en manos de los serbios de Bosnia. Aunque no se puede determinar la fecha exacta en la que se formuló ese plan, la Corte afirmó que fue antes del 12 o 13 de julio de 1995.¹⁹⁹

En este sentido, es evidente que existía tal intención ya que se realizó un esfuerzo por capturar a todos los hombres musulmanes en edad militar después de la caída de Srebrenica. Así como el alto grado de organización dentro de los serbios de Bosnia, pues la operación de captura, deportación y traslado a los lugares de ejecución estuvo bien organizada y se realizó de manera sistemática.²⁰⁰

Por último, la Corte afirmó que era evidente la existencia de la intención de destruir a un grupo en su totalidad o en parte y que no era necesario que los

¹⁹⁸ Cfr. KREß, Claus, Op. Cit., p. 628.

¹⁹⁹ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)", sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 294.

²⁰⁰ Cfr. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Radislav Krstic, Op. Cit., § 85 – 87.

actos para el cumplimiento de dicho objetivo fueran premeditados;²⁰¹ es decir, la Corte consideró suficiente la intención de destruir a los musulmanes de Srebrenica, y no encontró motivo alguno para disentir de la interpretación de los hechos por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Por lo tanto, en Srebrenica se cometió genocidio en contra de la población musulmana que se encontraba en el enclave.

3.2. El problema de la atribución de los hechos en Srebrenica a Serbia: profundización de la contradicción Nicaragua – Tadic.

Al igual que en el caso Tadić, una cuestión que debió analizar la Corte fue la forma de comprobar si la República Sprska y sus fuerzas armadas eran agentes de facto de Serbia. Como se señaló anteriormente, la regla de atribución de una conducta es una cuestión preliminar que comparten la determinación de la naturaleza de un conflicto armado y la responsabilidad internacional del Estado.

En este sentido, para identificar si el genocidio en Srebrenica era atribuible a Serbia, la Corte analizó las reglas establecidas en la costumbre internacional y que reflejó el Proyecto Crawford. En específico los artículos 4 y 8 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”.

²⁰¹ *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 292. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Fiscal contra Radislav Krstic, Op. Cit., § 572.

Bajo este orden de ideas, la Corte identificó dos situaciones bajo las que se podría imputar responsabilidad a Serbia: primero, que el genocidio hubiera sido perpetrado por un órgano del Estado o por órganos asimilables a órganos del Estado, dada su completa dependencia; o bien en segundo lugar, por una persona o grupo de personas bajo el control o con instrucciones del Estado, en este caso Serbia.²⁰²

3.2.1. República Sprska y sus fuerzas armadas como órganos de la República Federal de Yugoslavia.

Conforme al artículo 4 (2) de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, un órgano del Estado es “*toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno de cada Estado*”.²⁰³ En este sentido, la Corte señaló que ni la República de Sprska, ni su ejército podían ser considerados agentes del Estado pues no existía una justificación para ello, es decir, ni la República Sprska ni su ejército tenían el estatus de órganos de *iure* de la República Federal de Yugoslavia.²⁰⁴

Por otro lado, la Corte consideró irrelevantes ciertas circunstancias, por ejemplo: el suministro del *materiel* al ejército de la República Sprska por parte de la República Federal de Yugoslavia, así como del apoyo financiero, entre otras

²⁰² Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 384.

²⁰³ Artículo 4 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”.

²⁰⁴ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 386.

formas, a través del pago de salarios a algunos oficiales. Y así, afirmó que esto no hacía que la República Sprska ni su ejército se consideraran órganos de la República Federal de Yugoslavia, pues no estaban actuando a su nombre. Los actos de ambas entidades eran realizados a nombre de la autoproclamada República Sprska.²⁰⁵ Mucho menos existía una relación de dependencia total, pues los líderes de la República Sprska y de sus fuerzas armadas guardaban cierta autonomía de la República Federal de Yugoslavia.²⁰⁶

Para establecer la afirmación anterior, la Corte recurrió al análisis establecido en el párrafo 109 de la sentencia sobre el fondo del caso Nicaragua contra Estados Unidos sobre la dependencia total entre los contras y el gobierno de los Estados Unidos de América. En ese caso, la Corte debía determinar *“whether or not the relationship of the contras to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the contras, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or acting on behalf of that government.”*²⁰⁷ La Corte interpreta que en la frase citada con anterioridad, se establecen 2 test para

²⁰⁵ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, *Op. Cit.*, § 388.

²⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, § 390 – 395.

²⁰⁷ *“si la relación de los contras con el gobierno de Estados Unidos fue o no de dependencia por un lado y control por el otro el control sobre la otra, que sería adecuada para equiparar a los contras, para efectos legales, con un órgano del Gobierno de los Estados Unidos o que actúa en nombre de ese gobierno”* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), *Op. Cit.*, § 109.

atribuir una conducta al Estado: por un lado la dependencia total y por el otro el grado de control ejercido por el Estado sobre estos individuos.²⁰⁸

Esta situación ha sido duramente criticada por algunos doctrinarios, pues afirman que la Corte consideró irrelevantes algunas circunstancias que *“la lógica presume: que la separación formal y sólo aparente entre el ejército yugoslavo y la armada serbio – bosnia obedecía a una evidente intención de eludir o al menos reducir la censura política y jurídica internacional.”*²⁰⁹ Pues la Corte consideró que el apoyo de la República Federal de Yugoslavia, sin el cual la República Sprska y sus fuerzas armadas no hubieran podido llevar a cabo sus operaciones militares, no significa que existiera una dependencia total ya que habrían existido algunas divergencias con Belgrado que eran testimonio de la autonomía.²¹⁰

3.2.2. Profundización de la contradicción Nicaragua – Tadic.

La Corte continuó con su argumentación, sobre la forma de atribuir una conducta de los individuos de la República Sprska y su ejército a la República Federal de Yugoslavia. Tal y como se mencionó en el apartado anterior, parece que la Corte interpretó el caso Nicaragua contra Estados Unidos de América como que se establecían 2 test para atribuir una conducta al Estado. En este apartado nos ocuparemos del segundo test, el grado de control. Justo éste es el punto neural de la tesis. La razón es que la Corte parece contradecir a la Sala de

²⁰⁸ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), Op. Cit., § 109 – 112. Esto parece contradictorio con la interpretación que hace tanto la Sala de Primera Instancia como la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, pues interpretan el test como uno sólo, en el que se requiere un alto grado de control. Cfr. Apartados 2.1.2 y 2.2.1

²⁰⁹ QUEL LÓPEZ, Francisco Javier, Op. Cit., p. 545.

²¹⁰ Cfr. Ibidem, p. 546,

Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la interpretación del artículo 8 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”.

Hasta el momento, y en concordancia con el capítulo anterior, existen 2 test para atribuir una conducta al Estado, derivados de dos interpretaciones del artículo 8 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”: primero, el control efectivo establecido en el caso Nicaragua contra Estados Unidos de América; y segundo, el control global, establecido por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadić.

En el caso Bosnia – Herzegovina contra Serbia, la Corte optó, sin razones salvo la propia autoridad, por regresar al test de control efectivo que, por lo menos en las circunstancias particulares de Srebrenica, hacía imposible la atribución de la conducta violatoria de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” a Serbia.²¹¹

Así, en un intento por justificar el regreso a un test de control de hace 20 años, la Corte dijo que el artículo 8 del proyecto Crawford debía entenderse a la luz de su jurisprudencia e hizo referencia directa al párrafo 115 del caso Nicaragua contra Estados Unidos de América.²¹² El párrafo citado establece que a pesar del alto grado de dependencia de los Contras hacia el gobierno de los

²¹¹ *Cfr.* QUEL LÓPEZ, Francisco Javier, *Op. Cit.*, p. 546.

²¹² Al respecto, parece que la corte sigue los argumentos de la Comisión de Derecho Internacional en los comentarios realizados a este artículo. Sin embargo, tanto los comentarios, como el artículo resultan vagos y, de acuerdo con el maestro Antonio Cassese, no reflejan la práctica estatal. *Cfr.* CASSESE, Antonio, “The Nicaragua and Tadić test revisited in light of the ICJ judgement on Genocide in Bosnia”, *Op. Cit.*, pp. 663 – 665.

Estados Unidos de América, del apoyo recibido, así como del control general, eso no significaba que,

*“...the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant state. Such acts could well be committed by members of the Contras without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.”*²¹³

En este sentido, la Corte dijo que el genocidio en Srebrenica sólo sería atribuible a Serbia si los serbios de Bosnia actuaron bajo el control efectivo de la República Federal de Yugoslavia.²¹⁴ Algo que no pudo ser probado y por lo tanto las masacres de los 7000 u 8000 musulmanes de Srebrenica no pudieron ser atribuidas a Serbia.

Al respecto, es importante resaltar que no es fácil identificar la diferencia entre el test de control efectivo y la total dependencia. La Corte de una manera muy inteligente, se limitó a señalar que difieren uno del otro porque en el test de

²¹³ *“los Estados Unidos dirigieron y forzaron la perpetración de actos contrarios a los derechos humanos y al derecho humanitario alegados por el Estado solicitante. Dichos actos bien pudieron ser cometidos por miembros de los Contras sin el control de los Estados Unidos. Para que esta conductas den lugar a la responsabilidad de los Estados Unidos, en principio tendría que probarse que el Estado contaba con control efectivo de las operaciones militares y paramilitares en el curso en el que las violaciones fueron cometidas”* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), Op. Cit. § 115.

²¹⁴ *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 401.

control efectivo no se requería comprobar la existencia de una relación de completa dependencia entre el Estado y el individuo o individuos, sino que sólo hubieran actuado bajo el control efectivo del Estado²¹⁵. En ambos casos, la República Sprska y sus fuerzas armadas sólo no son considerados órganos del Estados en el sentido del artículo 4 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos” porque no cuentan con tal carácter conforme a la legislación de Serbia. Incluso, pareciera que, ante el alto grado de control requerido por el test de control efectivo, la atribución de la conducta sólo puede derivar de la completa dependencia del Estado.²¹⁶

Por otro lado, en virtud de que la República de Bosnia – Herzegovina cuestionó la aplicación del test de control efectivo y puso atención en el test de control global aplicado en el Caso Tadić, la Corte decidió analizarlo a la luz de su jurisprudencia, extrañamente, en un examen de sólo 6 párrafos, se encontró imposibilitada para subscribir el punto de vista de la Sala de Apelaciones. En virtud de que la competencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia era limitada a la responsabilidad penal y no estaba facultado para pronunciarse sobre cuestiones de responsabilidad internacional del Estado.

Asimismo, la Corte consideró que los dos test de control fueron aplicados a dos problemas diferentes en cuanto a su naturaleza y que la aplicación del test de control efectivo para la atribución de una conducta al Estado para determinar

²¹⁵ *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 400.

²¹⁶ *Cfr.* NIETO – NAVIA, Rafael, “Responsabilidad internacional del Estado por genocidio. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Srebrenica” en Revista Colombiana de Derecho Internacional, No. 16, enero – junio de 2010, p. 36.

su responsabilidad por violaciones al derecho internacional no provocaba una inconsistencia lógica.

Por otro lado, la Corte señaló que el test de control global es utilizado sólo para determinar la internacionalización de un conflicto, “*which was the sole question which the Appeals Chamber was called upon to decide, it may well be that the test is applicable and suitable;*”²¹⁷ sin embargo la Corte decidió no tomar una posición al respecto. No obstante ello, más adelante dijo que los argumentos formulados por Bosnia – Herzegovina en favor de la aplicación del test de control global no eran persuasivos porque tenía que determinar cuándo un Estado era responsable por los actos cometidos por unidades paramilitares o fuerzas armadas que no se encontraban dentro de sus fuerzas armadas.

Argumentos por demás malogrados, ya que como se señaló en los apartados 1.3.3 y 2.2.1. de la presente tesis, el test de control es una forma de determinar cuándo un Estado actúa a través de agentes de facto y, por lo tanto, la conducta de los mismos es atribuible a dicho Estado. En este sentido, se trata de una cuestión preliminar que comparten el derecho internacional humanitario, para la internacionalización de un conflicto, y el derecho de la responsabilidad internacional del Estado.

Es cierto, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia tiene una competencia limitada, pero en el ejercicio de esa competencia limitada interpretó una regla de derecho internacional general para

²¹⁷ “*que era la única cuestión que la Sala de Apelaciones estaba llamada a decidir, podría ser que el test sea aplicable y adecuado*”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 404.

determinar cuándo un individuo o grupo de individuos eran agentes de facto del Estado, y así establecer el derecho internacional humanitario aplicable a la situación en concreto. Asimismo, como bien se ha afirmado desde la doctrina, la Corte no debía interpretar dicha competencia como una facultad para aplicar su propia jurisprudencia sin justificarlo, y peor aún, sin responder a los desafíos jurídicos que le fueron impuestos por el caso Tadić.²¹⁸

Por otro lado, la corte dijo en su razonamiento que ante la diferencia en la jurisdicción y los problemas planteados ante los dos tribunales, no había inconsistencia lógica en aplicar un test distinto para cada caso, sin embargo, del análisis realizado a lo largo de la presente tesis, se desprende que la existencia de un intento de dicotomizar dos nociones interrelacionadas. Así, la Corte crea un espacio de ambigüedad para interpretaciones futuras y como resultado: la Corte falló en ampliar el alcance del derecho internacional ante el surgimiento de las entidades no estatales como actores importantes en el derecho internacional.²¹⁹

Es decir, la Corte establece que para atribuir una conducta violatoria del derecho internacional a un Estado, realizada por un agente de facto, se necesita que además de la dependencia entre el agente y el Estado, éste último le dé instrucciones de manera específica. No obstante ello, la Corte acepta que el test de control global puede ser utilizado para determinar la internacionalización de un conflicto. Tal y como se señaló en el apartado 1.3.3, existe una agente de

²¹⁸Cfr. KREß, Claus, Op. Cit., p. 620.

²¹⁹ Cfr. AZAROV, Valentina, Op. Cit., p. 36.

facto del Estado cuando éste ejerce algún grado determinado de control o dirección e incluso, da instrucciones sobre la actuación del mismo. En este sentido, en ambos casos se tiene que establecer, *a priori*, la existencia de un agente de facto del Estado y sólo si existe una conducta violatoria del derecho internacional, habría responsabilidad internacional para el Estado.

Por último, la Corte Señaló que el mayor inconveniente para la aplicación del test de control global dentro del derecho de la responsabilidad internacional del Estado es que amplía el alcance de la responsabilidad internacional del Estado, más allá de su principio fundamental: el Estado sólo es responsable por su propia conducta.²²⁰ En este sentido la Corte decidió regresar a su jurisprudencia limitada al caso Nicaragua contra Estados Unidos de América y así dejar un umbral muy alto y casi inalcanzable para atribuir una conducta al Estado.

Con el razonamiento utilizado en el caso Bosnia – Herzegovina contra Serbia, la Corte envió un mensaje bastante perturbador. Más que dejar claro cuál era el umbral para que un Estado pudiera ser responsable de alguna conducta violatoria del derecho internacional, el caso podría leerse como la forma en la que un Estado puede evitar la responsabilidad internacional.²²¹ La razón es obvia, los Estados podrían violar el derecho internacional, incluso el derecho humanitario, a través de grupos sobre los que ejerza control global – a través del apoyo

²²⁰ *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia)”, sentencia sobre el fondo, Op. Cit., § 406.

²²¹ *Cfr.* GIBNEY, Mark, Op. Cit., p. 771.

técnico, financiero e incluso militar – pero como no dirigiría u obligaría las perpetraciones de las conductas violatorias, el Estado no sería responsable.

3.2.3. Consecuencias de la aplicación del control efectivo.

Como se explicó anteriormente, la Corte optó por continuar con la rígida aplicación de su jurisprudencia. Si la Corte hubiera asumido el test del control global se daría entrada a criterios indirectos de responsabilidad internacional para el Estado. Sin embargo, al asumir el test de control efectivo se aceptó que el Estado era responsable de manera exclusiva por violaciones directas al derecho internacional.²²²

Así, la Corte Internacional de Justicia y el derecho internacional perdieron una oportunidad para sentar una base más sólida para atribuir una conducta a los Estados, que evite en el futuro que estos recurran a grupos paramilitares para violar de manera indirecta el derecho internacional,²²³ situación por demás concordante con los propósitos del artículo 8 de los “Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”. Recordemos que el objeto del artículo antes citado es evitar que los Estados evadan su responsabilidad por conductas violatorias del derecho internacional. De ahí que la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hubiera considerado que el test de control efectivo era contrario a la lógica del derecho internacional.

²²² Cfr. QUEL LÓPEZ, Francisco Javier, Op. Cit., p, 548.

²²³.Cfr. *Ibidem*, p. 549.

El posicionamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia – Herzegovina contra Serbia tiene consecuencias paradójicas, como se señaló anteriormente, los Estados podrían ser parte de un conflicto armado internacional porque las conductas de algunas personas en el territorio de otro Estado fueron atribuibles al Estado conforme al test de control global y así, podrían violar el derecho internacional humanitario. Pero como estas violaciones no alcanzarían el umbral del control efectivo, el Estado no sería responsable de tales hechos. Incluso pareciera que la Corte considera que existen 2 test, uno para la internacionalización de un conflicto y otro para la invocación de la responsabilidad internacional del Estado.

A pesar de todo, quedan una serie de retos por aclarar ¿cómo podrían coexistir dos estándares para la atribución de una conducta al Estado?

Es claro que la Corte debió abandonar su rígida jurisprudencia para hacer responsables a los Estados por las violaciones indirectas del derecho internacional. Incluso, por cuestiones prácticas, para integrar al individuo en el orden jurídico internacional y negar el orden westfaliano de relaciones inter estatales.²²⁴

Como fue señalado en líneas anteriores, la Corte estableció que el test de control global no era aplicable para la atribución de una conducta al Estado, para efectos de la responsabilidad internacional, porque éste había sido ideado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que tenía una competencia limitada. Los seguidores del razonamiento de la Corte han visto en estos

²²⁴ Cfr. AZAROV, Valentina, Op. Cit., p. 36.

argumentos un reflejo de la fragmentación del derecho internacional,²²⁵ incluso han afirmado que este razonamiento se encuentra justificado en el artículo 55 del proyecto Crawford sobre *lex specialis* para las reglas secundarias.

Lo cierto, es que tales justificaciones son infundadas. La cuestión preliminar, tanto en los casos Nicaragua contra Estados Unidos de América, Tadić y Bosnia – Herzegovina contra Serbia era la misma. Antes de establecer las normas bajo las cuales debe actuar un individuo, se deben establecer las reglas bajo las cuales un individuo o grupo de individuos puede ser considerado agente de facto del Estado.²²⁶

²²⁵ *Cfr.* PILLAI, Priya, “Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), judgement of 26 february 2007, general list no. 91. The genocide convention case: Confusion or clarity?” en Australian International Law Journal, No. 14, 2007, p. 253.

²²⁶ *Cfr.* SASSÒLI, Marco, “La responsabilidad del Estado por las violaciones al derecho internacional humanitario”, *Op. Cit.*, *Supra*, nota 129.

Conclusiones.

1. La guerra en los Balcanes significó un reto para el derecho internacional. A pesar de los esfuerzos realizados por la Organización de las Naciones Unidas, en especial por el Consejo de Seguridad y las conferencias de Londres sobre la guerra de los Balcanes, el conflicto persistió por casi 4 años. Al finalizar el mismo habían surgido nuevos Estados y las fronteras de los Balcanes se habían modificado completamente.
2. En el contexto de la violenta desintegración de la República Federativa Socialista de Yugoslavia se cometieron una serie de violaciones al derecho internacional, entre ellas destacan las violaciones al derecho internacional humanitario que llevaron al establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. En julio de 1995 se perpetró el crimen de genocidio en la zona de seguridad de Srebrenica.
3. La política de depuración étnica consiste en dar homogeneidad étnica por la fuerza o la intimidación para expulsar a determinados grupos de ciertas zonas. Estas prácticas fueron realizadas por todas las partes en conflicto. Sin embargo, el término es usado para describir la política de Serbia para unir zonas reclamadas históricamente y habitadas por población serbia en Croacia y Bosnia – Herzegovina.

4. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue establecido de manera justificada, con fundamento en los artículos 29, 39 y 41 de la Carta de las Naciones Unidas a fin de que el Consejo de Seguridad pudiera llevar a cabo su responsabilidad principal y que la Organización cumpliera con su propósito más fundamental, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.
5. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue establecido con una competencia limitada para juzgar actos cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, de enero de 1991 y hasta que el conflicto armado llegara a su fin y que fueran violaciones graves al derecho internacional humanitario y al delito de genocidio.
6. Ante los múltiples actores en conflicto, era difícil establecer la naturaleza del mismo, ya que presentaba características mixtas. Por un lado se enfrentaban los ejércitos regulares de Croacia, Bosnia – Herzegovina y Yugoslavia. Por el otro, se enfrentaban fuerzas que representaban a distintas nacionalidades, croatas, bosnios y serbios.
7. Ante la imposibilidad de identificar con claridad una cadena de mando entre los diferentes grupos en conflicto, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia debió recurrir a los test de control para determinar si algunos estos podrían ser considerados como agentes de los Estados involucrados en la conflagración.

8. La responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional no son excluyentes, sino que, se complementan.

9. Tanto para el derecho de la responsabilidad internacional como para el derecho internacional humanitario, un agente de facto existe cuando un Estado ejercita un grado de dirección o control sobre un individuo o grupo de individuos o bien estos obedecen las instrucciones del dicho Estado. Así, éste se encuentra obligado a respetar el derecho internacional cuando actúa a través de agentes de facto, en caso de no hacerlo y violar alguna norma de derecho internacional podría atribuírsele responsabilidad internacional.

10. El caso Fiscal contra Duško Tadić resulta paradigmático pues reflejó el desarrollo del derecho internacional en varios aspectos, por ejemplo en la decisión sobre la moción preliminar de la defensa, la Sala de Apelaciones dio una definición de conflicto armado y abrió la puerta para considerar que las resoluciones del Consejo de Seguridad sean de revisión judicial, al examinar la legalidad del establecimiento del Tribunal en ejercicio del principio de la *compétence de la compétence*. Posteriormente, desarrollo el concepto de empresa criminal conjunta y recurrió al test de control global para determinar la existencia de un conflicto armado internacional.

11. La Sala de Primera Instancia, al analizar si la República Sprska y sus fuerzas armadas podrían ser consideradas como agentes de facto de la República Federal de Yugoslavia recurrió al test de control establecido por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua contra Estados Unidos de América. Este test contempla un estándar de control bastante alto y en caso particular del conflicto en los Balcanes, no se acreditó que la República Federal de Yugoslavia ejerciera un grado de control tan alto sobre la República Sprska.
12. La Sala de Apelaciones al resolver sobre las apelaciones interpuestas en contra de la sentencia de primera instancia y pronunciarse sobre la aplicación del test de control efectivo, señaló que dicho test era contrario a la lógica del derecho internacional y no se ajustaba a la práctica estatal y la jurisprudencia existentes.
13. El análisis realizado por la Sala de Apelaciones resulta criticable, en razón de que no sólo estableció el test de control global como aplicable para la determinación del control del agente de facto por parte del Estado. Sino que fue más allá y señala los test bajo los que se imputa una conducta violatoria del derecho internacional al Estado.
14. El genocidio requiere de una doble intencionalidad: primero, que las conductas enumeradas en el artículo II de la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” sean perpetradas de

manera intencional; y segundo, que esas conductas estén enfocadas a la destrucción total o parcial de un grupo protegido.

15. El grupo protegido por la “Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” debe ser definido por su carácter nacional, étnico, racial o religioso. Por lo tanto, el *dolus specialis* debe estar enfocado a la destrucción de un grupo de personas con una identidad de grupo particular.
16. En el caso Bosnia – Herzegovina contra Serbia, la Corte Internacional decidió continuar con la aplicación rígida de su jurisprudencia, sin dar una respuesta conclusiva al desafío interpuesto por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadić.
17. Es evidente la existencia de contradicción de criterios entre el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la Corte Internacional de Justicia en cuanto al grado de control necesario para la determinación de la existencia de un agente de facto.
18. Es claro que la Corte debió abandonar su rígida jurisprudencia para hacer responsables a los Estados por las violaciones indirectas del derecho internacional. Incluso, por cuestiones prácticas, para integrar al individuo en el orden jurídico internacional y negar el orden westfaliano de relaciones inter estatales.

Con el razonamiento utilizado en el caso Bosnia – Herzegovina contra Serbia, la Corte envió un mensaje bastante perturbador. Más que dejar claro cuál es el umbral para que un Estado pueda ser responsable de alguna conducta violatoria del derecho internacional, el caso puede leerse como la forma en la que un Estado puede evitar la responsabilidad internacional.

Bibliografía y Hemerografía.

Libros y Artículos de Revistas

AZAROV, Valentina, “Internationalization and attribution. The Tadić analysis in the Genocide in Bosnia Case” the Westminster International Law & Theory Centre Online Working Papers, University of Westminster, Reino Unido, No.2, 2009. Consultado en <http://ssrn.com/abstract=1470800>, el 20 de Agosto de 2015.

BOGDAN, Attila, “Individual criminal responsibility in the execution of a “joint criminal enterprise” in the jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia”, en International Criminal Law Review, No. 6, Koninklijke Brill, Groningen, 2006.

BOUCHET – SAULNIER, François, The Practical Guide to Humanitarian Law, Rowman & Littlefield Publishers, 3° ed., United States of America, 2006.

BROWNLIE, Ian, Principles of Public International Law, Oxford University Press, New York, 7a. ed., 2008.

CASSESE, Antonio, “The Nicaragua and Tadić test revisited in light of the ICJ judgement on Genocide in Bosnia”, en The European Journal of International Law, Vol. 18, No. 4, 2007.

-----, "On the use of criminal law notions in determining State responsibility for genocide", en Journal of International Criminal Justice, Vol. 5, No. 4, Septiembre de 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, International Law for Humankind, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2010.

CRAWFORD, James R., The Creation of States in International Law, Oxford University Press, New York, 2 ed., 2007.

DEL MAR, Katherine, "The requirement of 'belonging' under international humanitarian law", en European Journal of International Law, Vol. 21, No. 1, 2010.

DIEGO GARCÍA, Emilio de, Los Balcanes ante el siglo XXI, Arco Libros, Madrid, 2001.

ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin, "Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales" en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. XII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.

FABIAN, Kilye L., "Proof and Consequences: An Análisis of the Tadic and Akayesu Trials" en De Paul Law Review, Vol. 49, No. 4, De Paul University, 2000.

FUTAMURA, Madoca y GOW, James, “The strategic purpose of the ICTY and international peace and security” en GOW, James, et. al. (eds.), Prosecuting War Crimes, Routledge, New York, 2014.

GIBNEY, Mark, “Genocide and State Responsibility”, en Human Rights Law Review, Vol. 7. No. 3, Oxford University Press y the University of Nottingham, Octubre 2007.

GRAY, Cristine, International Law and the Use of Force, Oxford University Press, New York, 2008.

GREENWOOD, Christopher, “The development of international humanitarian law by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia” en Max Planck Yearbook of United Nations Law, no. 2, 1998.

GÓMEZ ROBLEDO, Alonso, Corte Internacional de Justicia. Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Caso Emblemático, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, Sistema Jurídico de las Naciones Unidas, Porrúa, México, 2007.

HENCKAERTS Jean – Marie y DOSWALD – BECK, Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol. I Normas, CICR, Buenos Aires, 2007.

-----, Customary International Humanitarian Law, CICR, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

KELSEN, Hans, Principles of International Law, Rinehart & Company Inc., New York, 1952.

KREß, Claus, “ The International Court of Justice and the elements of the crime of genocide”, en The European Journal of International Law, Vol. 18, No. 4, 2007.

KUTNJAK IVKOVICH, Sanja y HAGAN, John, Reclaiming Justice: The International Tribunal for the Former Yugoslavia and Local Courts, Oxford University Press, New York, 2011.

LÓPEZ BASSOLS, Hermilo, Los nuevos desarrollos del derecho internacional público, 3 ed., México, Porrúa, 2008.

MARQUES RUEDA, Efrén Gustavo, “Comentarios al fallo pronunciado por la Corte Internacional de Justicia el 14 de febrero de 2007 con relación al caso sobre la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio en el asunto

Bosnia Herzegovina c. Serbia”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol. 8, 2008.

NGUYEN, Quoc Dihn, Droit International Public, 8a. ed. actualizada por Daillier, Patrick, Pellet Alain y Forteau, Mathias, L.G.D.J., París, 2009.

NIETO – NAVIA, Rafael, “Responsabilidad internacional del Estado por genocidio. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Srebrenica” en Revista Colombiana de Derecho Internacional, No. 16, enero – junio de 2010.

ODIO BENITO, Elizabeth, “El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia – justicia para la paz –”, en Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, vol. 24, Julio – Diciembre de 1996.

PELLET, Alain, “Le Tribunal Criminel International pour l’ex Yougoslavie”, en Revue Internationale de Droit Public, París, Francia, No.1, 1994.

PEREA UNCETA, José Antonio, “Las cuestiones sobre Kosovo que no quiso responder el Tribunal de la Haya” en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, Tomo XLIV, 2011.

PETROVIC, Drazen y CONDORELLI, Luigi, “L’ONU et la crise yougoslave”, en Annuaire Français de Droit International, Vol. 38, 1992.

PILLAI, Priya, "Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), judgement of 26 february 2007, general list no. 91. The genocide convention case: Confusion or clarity?" en Australian International Law Journal, No. 14, 2007.

SASSÒLI, Marco, "La responsabilidad del Estado por las violaciones al derecho internacional humanitario" en Revista internacional de la Cruz Roja, No. 846, 30 de junio de 2002. Disponible en <http://bit.ly/1hJsBqL>, consultado el 23 de agosto de 2015.

SASSÒLI, Marco, y OLSON, Laura M. "The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadić case: new horizons for international humanitarian law and criminal law?" en Revue Internationale de la Croix Rouge, 2000, no 839.

SCHINDLER, Dietrich, "The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols", en ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA, Collected Courses, vol. II, tomo 163, 1979.

SEGURA SERRANO, Antonio, El Derecho Internacional Humanitario y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2007. Consultado en <http://bit.ly/1OyLwi> el 13 de agosto de 2015.

SHAHABUDDEN, Mohamed, International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal, Oxford University Press, New York, 2012.

SOREL, Jean – Marc, “L’accord de paix sur la Bosnie Herzégovine du 14 décembre 1995: une traité sous bénéfice d’inventaire,” en Annuaire Français de Droit International, Vol. 41, 1995.

SREENIVASA RAO, Pemmaraju, “International crimes and State responsibility”, en RAGAZZI, Oscar (ed.), International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.

TRIFUNOVSKA, Snezana (ed.), Yugoslavia through Documents from its Creation to its Dissolution, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1994. Consultado en goo.gl/oTqM2p el 15 de abril de 2015.

VALLARTA MARRÓN, José Luis, Derecho Internacional Público, 2 ed., México, Porrúa, 2014.

WOLFRUM, Rüdiger, “State responsibility for private actors: an old problem of renewed relevance” en RAGAZZI, Oscar (ed.), International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.

ZEMANEK, Karl, “New trends in the enforcement of erga omnes obligations”, en Max Planck Yearbook of the United Nations Law, No. 4, Kluwer Law International, Países Bajos, 2000.

Documentos

Acuerdo de Londres para el Establecimiento de un Tribunal Militar Internacional, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, disponible en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>, consultado el 25 de mayo de 2015

COMUNIDAD EUROPEA, Declaración de los Doce sobre las Directrices para el Reconocimiento de Nuevos Estados en Europa del Este y la Unión Soviética del 16 de diciembre de 1991, disponible en <http://bit.ly/1PNWXGJ>, consultado el 21 de octubre de 2015.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992), S/1994/674, 26 de mayo de 1994, disponible en <http://bit.ly/1LMpCJt>, consultado el 21 de octubre de 2015.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, 58º período de sesiones, A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006, disponible en <http://bit.ly/1W56JD5>, consultado el 21 de octubre de 2015.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General, A/54/549, 15 de noviembre de 1999, disponible en <http://bit.ly/1M9qPwB>, consultado el 21 de octubre de 2015.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Formulation of the Nürnberg Principles”, en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, Organización de las Naciones Unidas, 1950, disponible en <http://bit.ly/1PHmTTd>, consultado el 21 de octubre de 2015.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, with commentaries”, en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, Segunda Parte, Organización de las Naciones Unidas, 2001, disponible en <http://bit.ly/1MlyM9V>, consultado el 21 de octubre de 2015.

Jurisprudencia.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), Sentencia sobre el fondo, 1986, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2015.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia), objeciones preliminares, 11 de julio de 1996, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2015.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia – Herzegovina c. Serbia), sentencia sobre el fondo, 26 de febrero de 2007, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2015.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Duško Tadić, acusación, 13 de febrero de 1995, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Duško Tadić, Decisión sobre la moción preliminar sobre la jurisdicción del tribunal, 10 de agosto de 1995, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Duško Tadić, Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la moción preliminar sobre la jurisdicción del tribunal, 2 de octubre de 1995, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Duško Tadić, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, 7 de mayo de 1997, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal contra Duško Tadić, Sentencia de la Sala de Apelaciones, 15 de julio de 1999, disponible en <http://www.icty.org/case/tadic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal c. Radislav Krstic, sentencia de primera instancia, 2 de agosto de 2001, disponible en <http://www.icty.org/case/krstic/4>, consultado el 21 de octubre de 2015.

Tratados Internacionales.

Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, disponible en <http://bit.ly/1oqHf8E>, consultado el 24 de octubre de 2015.

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, disponible en <http://bit.ly/1KAYahU>, consultado el 24 de octubre de 2015.

Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, firmada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, disponible en <http://bit.ly/1P10UWM>, consultado el 25 de julio de 2015.

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, disponibles en <http://bit.ly/1znbUb2>, consultado el 24 de octubre de 2015

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, disponibles en <http://bit.ly/1tmvimm>, consultado el 24 de octubre de 2015

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, disponible en <http://bit.ly/1qe78bo>, consultado el 24 de octubre de 2015.

Resoluciones del Consejo de Seguridad.

S/RES/713 (1991)

S/RES/743 (1992)

S/RES/752 (1992)

S/RES/753 (1992)

S/RES/754 (1992)

S/RES/755 (1992)

S/RES/757 (1992)

S/RES/764 (1992)
S/RES/770 (1992)
S/RES/771 (1992)
S/RES/776 (1992)
S/RES/780 (1992)
S/RES/781 (1992)
S/RES/787 (1992)
S/RES/808 (1993)
S/RES/816 (1993)
S/RES/817 (1993)
S/RES/819 (1993)
S/RES/821 (1993)
S/RES/824 (1993)
S/RES/827 (1992)
S/RES/836 (1993)
S/RES/871 (1993)
S/RES/913 (1994)
S/RES/1031 (1995)
S/RES/1326 (2000)

Resoluciones de la Asamblea General.

A/RES/177(II)
A/RES/488(V)

A/RES/46/236

A/RES/46/237

A/RES/46/238

A/RES/47/121

A/RES/47/147

A/RES/47/225

A/RES/48/153

A/RES/49/196

A/RES/49/205

A/RES/50/192

A/RES/50/193

A/RES/55/12

A/RES/56/83