

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

(ENERO-JUNIO 2006)

Helena Torroja Mateu* y David Bondía García**

SUMARIO

I. OBJETO Y CONSIDERACIONES GENERALES DEL SEMESTRE

II. NUEVOS DESARROLLOS DEL DIH

III. APLICACIÓN DEL DIH

1. Aplicación por los Estados: ratificaciones y adhesiones a tratados de DIH

2. La función del CICR

3. Organizaciones Internacionales.

A) Organización de Estados Americanos

B) Unión Africana

C) Unión Europea (*Addendum Crónica 2005*)

IV. CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL DIH

1. La función del CICR: Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta

2. Organizaciones Internacionales: Organización de las Naciones Unidas: Consejo de Seguridad

V. EXIGENCIA DE APLICACIÓN DEL DIH ANTE INSTANCIAS JUDICIALES

1. Responsabilidad internacional de los Estados beligerantes

A) Tribunal Internacional de Justicia (*Addendum Crónica 2005*)

B) Corte Interamericana de Derechos Humanos

2. Responsabilidad penal del individuo ante jurisdicciones internacionales

A) Tribunal Penal Internacional: noticia de casos

B) Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia: selección de jurisprudencia

C) Tribunal Penal Internacional para Rwanda: noticia de casos

D) Corte Especial para Sierra Leona: noticia de casos pendientes

3. Aplicación del DIH ante las jurisdicciones internas

A) España: noticia de casos

B) Estados Unidos: caso *Hamdan v. Rumsfeld* ante el Tribunal Supremo

I. OBJETO Y CONSIDERACIONES GENERALES DEL SEMESTRE

El objeto de esta Crónica es *informar* sucintamente sobre los desarrollos más destacados acaecidos durante el semestre (enero/junio de 2006) en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (DIH), en su acepción estricta tal como quedó delimitada en la primera entrega¹. De forma sintética los datos recogidos de este semestre permiten

* Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona

© Helena Torroja Mateu y David Bondía García. Todos los derechos reservados.

¹ Ver *REEI* n° 11, “Crónica de Derecho Internacional Humanitario”: Introducción. Los autores se remiten a lo indicado en tal apartado en relación al contenido, delimitación y estructura de la Crónica.

realizar las siguientes valoraciones personales, que presentamos a modo orientativo y previo a la exposición aséptica de los datos.

Los desarrollos normativos del DIH han seguido su curso y el III Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (*vid.* Crónica de 2005), cuenta hoy con 5 ratificaciones y entrará en vigor el próximo 14 de enero de 2007. La *XXIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, celebrada en el mes de junio, ha adoptado las medidas necesarias para dar efectividad práctica a la Convención, mediante la modificación de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y su solicitud al CICR del reconocimiento de la Media Luna Roja Palestina, entre otros. Además, el Consejo de Derechos Humanos ha contribuido a estos desarrollos con la adopción de una convención para prevenir y sancionar las desapariciones forzadas, que aún deberá pasar el filtro de los Estados en la Asamblea General.

La promoción de la aplicación del DIH ha logrado un número considerable de nuevas ratificaciones a diversos tratados en estos últimos seis meses. La contribución de las Organizaciones Internacionales no es menos desdeñable, adoptándose nuevas resoluciones tanto en el marco de la OEA como de la UA, por las que se fomenta la aplicación del DIH por los Estados. La Unión Europea se sumó ya a esta tendencia a fines del año 2005, de lo que se deja constancia en esta Crónica como Addendum a la de 2005. En el marco de la ONU, este semestre el Consejo de Seguridad ha debatido sobre el tema relativo a la *Protección de los civiles en tiempos de conflictos armados*, consolidando su práctica de dedicar un lugar específico a este tema. A su vez, ha seguido cumpliendo una función de fomento de la aplicación y control de la aplicación por los Estados y partes enfrentadas del DIH antes situaciones concretas. Destaca la imposición de “sanciones” a cuatro individuos, sospechosos de cometer violaciones de derecho internacional humanitario o de amenazar la estabilidad en Darfur, suscitando entre algunos Estados sospechas sobre la influencia que esta medida puede ejercer sobre las investigaciones del Fiscal de la CPI; es sin duda un tema que debe hacer reflexionar sobre las relaciones entre el Consejo de Seguridad y la CPI, al poder quedar ésta última atentada en su independencia, rasgo imprescindible para la credibilidad del ejercicio de su función judicial.

En el plano de la aplicación jurisprudencial del DIH, la Corte Internacional de Justicia considerándose no competente ante la demanda presentada por la República Democrática del Congo contra Ruanda, ha perdido una oportunidad para poder pronunciarse sobre violaciones del DIH. En este sentido, caso destacado del semestre pasado, que se ha incluido en esta Crónica también como Addendum a la de 2005, es el de las *Actividades militares en el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda)*, sentencia de 19 de diciembre de 2005. De esta sentencia destaca, al margen de las condenas por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, el trato que recibe la cuestión de la ocupación de guerra. La Corte se encuentra en la necesidad de determinar si Uganda era o no una potencia ocupante en las partes del territorio congolés en las que estaban presentes sus tropas. En su fallo, la Corte considera que la responsabilidad de

Uganda está demostrada, por un lado, por todos los actos de sus fuerzas armadas contrarios a sus obligaciones internacionales y, por otro lado, por la falta de control requerido para prevenir las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario por parte de otros actores presentes en el territorio ocupado, incluyendo los grupos rebeldes que actuaban por su cuenta. Así, Uganda es responsable del conjunto de *actos y omisiones* de sus fuerzas armadas sobre el territorio del Congo que violan las obligaciones que le incumben en virtud de las reglas de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Esta argumentación nos puede llevar a reflexionar sobre la responsabilidad por violaciones que se están cometiendo por potencias extranjeras en territorios que están bajo su ocupación.

Por su parte, la Corte interamericana de Derechos Humanos, por medio de diversas opiniones separadas del Juez Cançado Trindade, ha seguido destacando la interrelación existente entre el DIH y el Derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto a la responsabilidad penal del individuo, los Tribunales penales internacionales siguen sus tareas incansablemente. En el TPI, además de continuarse las investigaciones iniciadas por el Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares I ha empezado audiencias contra Thomas Lubanga Dilo, acusado del crimen de guerra de reclutar, alistar y utilizar niños menores de 15 años. A su vez, siguiendo su mayor ritmo habitual, el TPIY sigue la delantera al TPIR en lo que a número de sentencias emitidas por espacio de tiempo respecta. Destaca de la jurisprudencia del TPIY de este semestre por delimitar elementos de crímenes de guerra como asesinato, tratos crueles, destrucción sin motivo de ciudades y pueblos que no se justifican por las exigencias militares, pillaje de bienes públicos o privados, destrucción o daños deliberados de edificios consagrados a la religión (*La Fiscal c. Enver Hadžihasanović & Amir Kubura*); por concretar la necesaria definición positiva del “grupo” en la delimitación de la *mens rea* del crimen de genocidio (*La Fiscal c. Milomir Stakić*); por delimitar exhaustivamente la noción y significado de la participación de *Moudjahidines* en un conflicto armado (*La Fiscal c. Enver Hadžihasanović & Amir Kubura*); por volver de nuevo con detenimiento sobre los elementos de los crímenes de la responsabilidad del superior jerárquico (*ibidem*); por el desplazamiento de la noción de “*co-perpetratorship*” por la más preferible noción de “*joint criminal enterprise*” (*La Fiscal c. Milomir Stakić*); y por último, por volver en algunos casos sobre el problema del concurso de delitos. Además, el Tribunal, dicho sea de paso, se ha apoyado en alguna ocasión en el estudio del CICR sobre Derecho internacional humanitario consuetudinario (*Prosecutor c. Milomir Stakić*), del que dimos cuenta en la Crónica de 2005.

Cuando uno se adentrara en la aplicación del DIH por los tribunales internos, además de la admisión a trámite de una querrela sobre genocidio en el Tíbet en España –en aplicación de la interpretación del TC del principio de jurisdicción universal contenido en el artículo 23 de la LOPJ, del que dimos cuenta en la Crónica anterior, destaca especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (TS), *Hamdan v. Rumsfeld*, del 29 de junio. En ésta, el TS revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones, considerando que la Comisión Militar establecida por el Presidente para juzgar a

Hamdan por el crimen de conspiración no es conforme a la Constitución ni el derecho, incluido el Derecho de Guerra. Desde el punto de vista de la aplicación judicial del Derecho internacional humanitario por un tribunal interno, la sentencia merece una valoración muy positiva, pero con matices que no pueden dejarse a un lado.

Así, positivamente, el Tribunal, basándose en el DIH así como en jurisprudencia penal internacional (Tribunal de Nuremberg, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia) afirma que la *conspiración* en sí misma sin ningún otro acto manifiesto, no es un crimen de guerra; y en cualquier caso, nunca sería un crimen enjuiciable por una Comisión Militar. Este dato es básico para poder argumentar la ilegalidad de la Comisión Militar establecida por el presidente para juzgar a Hamdan y complementa otra serie de argumentos basados más en el análisis del derecho interno estadounidense. A su vez, declara contrario al DIH (en concreto el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 75 del PA I que, se afirma, recoge el derecho consuetudinario en la materia), el procedimiento de la Comisión Militar, pues permite que el acusado sea condenado sin poder ver ni oír las pruebas alegadas contra él, entre otras medidas ilegales. Así tanto por cuestiones de fondo como de forma, se viola el DIH. De esta manera, el TS deja asentado que no hay duda de la aplicabilidad judicial del *Derecho de Guerra* (DIH) y aplica parte de sus principios esenciales. Es ello un aspecto muy destacable.

Ahora bien, la argumentación del TS presenta también algunos puntos grises o que al menos suscitan dudas sobre su carácter positivo. Uno de ellos es la interpretación de *conflicto armado no internacional* a la que recurre el Tribunal para poder aplicar el DIH al caso. Descartando que la lucha de Estados Unidos en Afganistán contra Al Qaeda fuera un conflicto armado internacional (pues éstos solo pueden ser entre *naciones*), en el fondo lo que llega a afirmar es que la *lucha entre las Fuerzas Armadas de un Estado y un grupo terrorista en el territorio de un Estado parte –distinto del primero- es un conflicto armado interno*. Afirmación ésta que trasladada a otros escenarios internacionales suscitaría tensiones y posturas en contra. Otro punto que pudiera parecer gris, es la cierta complicidad del Tribunal con la política de *guerra contra el terrorismo* del Ejecutivo, que parece desprenderse de su argumentación. Al respecto, valga la mera lectura del único párrafo que forma la parte VII y última de la Sentencia, donde el Tribunal afirma *asumir “the truth of the message implicit in that charge”* (que Hamdan *“is a dangerous individual whose beliefs, if acted upon, would cause great harm and even death to innocent civilians, and who would act upon those beliefs if given the opportunity”*); y donde además se afirma el *“Government’s power to detain him [Hamdan] for the duration of active hostilities in order to prevent such harm”*. Uno se preguntaría donde quedaría la presunción de inocencia; se preguntaría si no se está abriendo la puerta a que por la vía civil o penal ordinaria se pueda juzgar a Hamdan por su *peligrosidad*; y se preguntaría si al afirmar el poder del Ejecutivo a detenerlo durante la duración de las actividades hostiles, que parece no acabarán nunca, no se está extendiendo al *infinito* su detención.

En definitiva, un éxito en lo que a la aplicación del DIH por el TS de Estados Unidos se refiere, con matices. E insistase que el TS lo que afirma es que la Comisión Militar

concretamente establecida para juzgar a Hamdan por delito de complicidad es ilegal; no que todas lo sean, ni que no puedan ser utilizadas para juzgar otros crímenes si respetan los principios básicos del DIH. La sentencia deja clara la legalidad y experiencia histórica en el establecimiento de tales Comisiones por el Presidente, siempre que sean necesarias y respeten el derecho. Con todo, los efectos de la sentencia parecen haber llevado al Ejecutivo a cambiar su estrategia y dirigir los juicios hacia los Tribunales Militares preestablecidos. La práctica futura lo aclarará.

Véanse a continuación los detalles de estas aportaciones del Semestre.

II. NUEVOS DESARROLLOS DEL DIH

- *Desarrollos convencionales indirectamente relacionados:*

El nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó, el 29 de junio de 2006, la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (A/HRC/1/L.2, de 29 de junio de 2006). Ahora se someterá el texto a la Asamblea General para su aprobación. La Convención prohíbe las desapariciones forzadas tanto en tiempos de paz como de guerra. Obliga a los Estados a tipificar la desaparición forzada como crimen, obliga a llegar un registro de los datos de los detenidos, establece el derecho de éstos a acceder a un tribunal y a comunicarse con sus abogados y familias. Se establece también un mecanismo internacional de control del cumplimiento por los Estados de las obligaciones de la Convención, así como un procedimiento de llamamientos urgentes ante una desaparición forzada.

III. APLICACIÓN DEL DIH²

1. Aplicación por los Estados: ratificaciones y adhesiones a tratados de DIH³

1. *Protección de las víctimas de los conflictos armados*

- Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (I a IV):

- Nauru (27 de junio)

² La aplicación del DIH corresponde en primer lugar a los Estados, quienes ratifican los tratados existentes, difunden su contenido y ejecutan las obligaciones que les impone el DIH, también aplicables en tiempo de paz. Participan también en la aplicación otros actores de entre los que destaca el CICR y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja, así como algunas Organizaciones Internacionales que mediante su acción normativa en *sentido amplio* contribuyen a la afirmación y desarrollo del DIH.

³ En la Revista del Internacional de la Cruz Roja se puede encontrar un estudio amplio, publicado bianualmente, sobre las medidas de aplicación del DIH adoptadas por los Estados. El estudio hace referencia tanto a leyes y medidas internas como a casos planteados ante jurisdicciones nacionales. Acceso electrónico a la revista en:

http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList2/Info_resources:International_Review?OpenDocument. También la página web del CICR ofrece información detallada en este ámbito http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList2/Humanitarian_law:National_implementation?OpenDocument.

- Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977:
 - Naurú (27 de junio), Sudán (7 de marzo).
 - Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, de 8 de junio de 1977:
 - Nauru (27 de junio)
 - Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (entrará en vigor el 14 de enero de 2007):
 - Noruega (13 de junio)
 - Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000:
 - Tailandia (27 de febrero), Belarús (25 de enero).
2. *Protección de bienes culturales durante conflictos armados*
- Primer Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 14 de mayo de 1954:
 - Bangladesh (23 de junio).
 - Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 26 de marzo de 1999:
 - Armenia (18 de mayo), Tayikistán (21 de febrero), Croacia (8 de febrero).
3. *Armas*
- Protocolo relativo a las armas láser cegadoras (Protocolo IV a la Convención de 1980), de 13 octubre de 1995.
 - Túnez (23 de marzo).
 - Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II a la Convención de 1980):
 - Túnez (23 de marzo).
 - Enmienda del artículo I de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 21 de diciembre de 2001:
 - República Checa (6 de junio), Albania (12 de mayo).
 - Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción - Anexo sobre sustancias químicas, 13 de enero de 1993:
 - Haití (22 de febrero), Liberia (23 de febrero), Djibouti (25 de enero)
 - Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 18 de septiembre de 1997:

- Haití (15 de febrero), Brunei Darussalem (24 de abril), Islas Cook (15 de marzo)
- Protocolo sobre los restos explosivos de guerra (Protocolo V a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980), aprobado el 28 de noviembre de 2003:
- El Salvador (23 de marzo), Eslovaquia (23 de marzo), Suiza (12 de mayo), Liechtenstein (12 de mayo), Albania (12 de mayo), Tajikistán (18 de mayo), República Checa (6 de junio).
- *Corte Penal Internacional*: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998⁴.

2. La función del CICR⁵

A) Aspectos destacables:

Reunión del Consejo de Delegados, Ginebra, 19 de junio de 2006. El Consejo de Delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja reúne a las 182 Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el CICR y la Federación Internacional de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Se reunió para adoptar el programa provisional de la XXIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja⁶.

- *XXIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja - Proteger la dignidad humana, 20 y 21 de junio de 2006 en Ginebra* (reúne a los representantes de 183 Sociedades Nacionales, de la Federación Internacional y del CICR, así como de los 192 Estados Partes en los Convenios de Ginebra)⁷.

⁴ Sobre las nuevas ratificaciones y adhesiones véase *Crónica de Tribunales Internacionales* publicada en este mismo número de la REEI. Además, otros datos sobre la implementación del Estatuto por los ordenamientos jurídicos internos pueden encontrarse en:

<http://www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools/legislationdebates.html>

⁵ Las actividades del CICR para la promoción del DIH y su aplicación a través de las actividades de protección y asistencia han sido inmensas. Realizar una síntesis de todas ellas este lugar sería excesivo. La mejor forma de acceder a éstas es a través de la página web del CICR (www.icrc.org). Los resultados de las actividades de protección y asistencia pueden consultarse en la sección “Actividades del CICR en el mundo” (http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/icrc_worldwide), donde se encontrarán, entre otros, datos sobre la prestación de socorro a zonas concretas. Sobre actividades de protección, incluyendo las visitas a centros de detenidos puede consultarse una sección específica (http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/icrc_worldwide). De entre estas actividades puede interesar destacar las relativas a los centros de detención en Guantánamo (http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/icrc_worldwide). A su vez, destaca su labor relativa a repatriaciones y liberación de detenidos, sobre cuya información detallada informa la página web del CICR.

⁶Vid.

http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/section_council_of_delegates_2006?OpenDocument

⁷ Más en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/geneva-news-220606!OpenDocument>

- En su *Resolución 1*, la Conferencia aprobó el proyecto de modificación de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja; decidió que el emblema del Protocolo III llevará el nombre de «cristal rojo»; y solicitó al Comité Internacional de la Cruz Roja que reconociera a la Media Luna Roja Palestina, y pidió a la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que admitiera a esa Sociedad como miembro⁸.
- Como indica el CICR “En virtud de ello, el CICR reconoció a la Media Luna Roja Palestina (MLRP) y a la Sociedad Nacional Israelí, Magen David Adom (MDA) y, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja admitirá a ambas Sociedades Nacionales. Este resultado amplía la universalidad del Movimiento a una zona importante de operaciones de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y refuerza la cooperación operativa entre esas dos Sociedades Nacionales y entre éstas y los asociados internacionales del Movimiento”.

- Documentos oficiales del CICR destacados:

- Declaración oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con el *proyecto de Convención Internacional relativa a la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, Ginebra, 27 de junio de 2006⁹.
- Aprobada una “*Guía Práctica del CICR para responder a las necesidades de las mujeres afectadas por conflictos armados*”¹⁰.
- Declaración oficial “*La protección de las personas en situaciones de disturbios y tensiones*”, Ponencia del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en la sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de Estados Americanos sobre temas de actualidad del derecho internacional humanitario, Washington, D. C., 2 de febrero de 2006¹¹.

3. Organizaciones Internacionales

A) Organización de Estados Americanos

- *Asamblea General*

⁸Texto de la Resolución 1 en

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList623/154D34071C292ECBC12571950045F900>.

⁹Vid. <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList112/3E836D8FE94D60E9032571A100549B6A>

¹⁰ [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/p0840-003T/\\$File/mujeres.pdf](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/p0840-003T/$File/mujeres.pdf)

¹¹ <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList113/5A85403F9F9040870325711700468140>

- Resolución sobre la *Promoción y respeto del derecho internacional humanitario*, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006 (AG/RES. 2226 (XXXVI-O/06)).
- Resolución sobre las *Personas desaparecidas y la asistencia a sus familiares*, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006, (AG/RES. 2231 (XXXVI-O/06)).

B) Unión Africana

- *Consejo Ejecutivo:*

EX.CL/235 (VIII), 16-21 de enero, 8º Sesión ordinaria, Khartoum (Sudán) Decisión sobre la situación en Medio Oriente y en Palestina

C) Unión Europea (*Addendum Crónica 2005*)

Directrices de la Unión Europea para fomentar la observancia del Derecho internacional humanitario, de 23 de diciembre de 2005.

La finalidad de las presentes Directrices es establecer unos instrumentos para que la Unión Europea y sus instituciones y órganos fomenten la observancia del Derecho internacional humanitario. Ponen de relieve del compromiso de la Unión Europea en la promoción de esa observancia de forma notoria y coherente. Las Directrices van destinadas a todos aquellos que actúan en el marco de la Unión Europea, en la medida en que las cuestiones que se plantean afecten a sus competencias y responsabilidades. Complementan otras directrices y otras posiciones comunes ya adoptadas en la UE en relación con cuestiones tales como los derechos humanos, la tortura y la protección de los civiles. Las presentes Directrices están en consonancia con el compromiso de la UE y de sus Estados miembros de cumplir del Derecho internacional humanitario, y pretenden abordar el respeto de este Derecho por terceros Estados y, cuando corresponda, por agentes no estatales que operen en terceros Estados. Aunque del mismo compromiso se extiende a las medidas que adopten la UE y sus Estados miembros para velar por que su propia conducta, y la de sus fuerzas, se ajuste al Derecho internacional humanitario, dichas medidas no se ven afectadas por las presentes Directrices.

IV. CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL DIH¹²

1. La función del CICR: Comisión internacional humanitaria de encuesta¹³: noticias

¹² Existen múltiples mecanismos de control de la aplicación del DIH (comisiones de investigación, acción de Organizaciones internacionales, acceso a la jurisdicción internacional, la represión penal internacional, etc.). Además, el propio CICR cumple una importante función. Por razones metodológicas en la exposición, los aspectos relativos a la reparación de las violaciones del DIH mediante el acceso a jurisdicciones internacionales se verán en el apartado IV.

¹³ Uno de los mecanismos establecidos en el marco del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977, es el

El 15 de marzo se eligió nuevo presidente de la Comisión, el Profesor Ghalib Djilali y vicepresidente al Profesor Michael Bothe. Entre sus actividades destaca la realización de una misión de promoción del reconocimiento de la misma por los Estados en el Sudeste asiático en mayo de 2006. Se ha convocado una Conferencia Diplomática de las Altas partes contratantes del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, que han reconocido la competencia de la Comisión, para elegir a los 15 miembros de la misma. La Conferencia tendrá lugar el 7 de diciembre de 2006 en Berna. Actualmente son 68 los Estados que han reconocido a la Comisión.

2. Organizaciones Internacionales.- Organización de las Naciones Unidas: Consejo de Seguridad

- Temas genéricos

S/RES 1660 (2006), de 28 de febrero de 2006, Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia.

S/RES 1668 (2006), de 10 de abril de 2006, Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia

S/RES 1674 (2006), de 28 de abril de 2006, Protección de los civiles en los conflictos armados

S/RES 1684 (2006), de 13 de junio de 2006, Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994

- Países concretos (con respecto a los cuales se condena la violación del DIH o adoptan otras medidas relacionadas con el control de su aplicación)

S/RES 1653 (2006), de 27 de enero de 2006, La situación en la región de los Grandes Lagos

S/RES 1662 (2006), de 23 de marzo de 2006, La situación en Afganistán

S/RES 1672 (2006), de 25 de abril, Informes del Secretario General sobre Sudán (se imponen restricciones financieras y de viaje a cuatro ciudadanos sudaneses, en

de la *Comisión internacional humanitaria de encuesta*. La Comisión está constituida pero aún no se le ha sometido ninguna situación para su investigación. Página web de esta Comisión: <http://www.ihffc.org/en/index.html>

aplicación del Capítulo VII de la Carta y la Resolución 1591 (2005), de 19 de marzo de 2005, párr. 3 c) (en éste se refiere a individuos que, entre otros, entraban en el proceso de paz, constituyan una amenaza para la estabilidad en Darfur y en la región, perpetren infracciones del derecho internacional humanitario o las normas relativas a los derechos humanos u otras atrocidades)

S/RES 1688 (2006), de 16 de junio, Situación en Sierra Leona (para agilizar el proceso de Charles Taylor en una de las salas de la CPI).

S/RES 1690 (2006), de 20 de junio de 2006, La situación en Timor-Leste

V. EXIGENCIA DE APLICACIÓN DEL DIH ANTE INSTANCIAS JUDICIALES

1. Responsabilidad internacional de los Estados beligerantes

A) Tribunal Internacional de Justicia (Addendum Crónica 2005)

a) *Asunto Actividades militares en el territorio del Congo (República democrática del Congo c. Uganda)*, Sentencia de 19 de diciembre de 2005

Temas clave:

El empleo de la fuerza contra la República Democrática del Congo.- La cuestión de la ocupación de guerra.- Las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos.

Hechos:

La República Democrática del Congo (RDC) considera que Laurent-Désiré Kabila, que dirigía en aquella época al AFDL (movimiento rebelde congolés apoyado por Uganda y Ruanda) derrocó al mariscal Mobutu Sese Seko y prestó juramento como presidente de la nueva RDC (antes Zaire) el 29 de mayo de 1997. El presidente Kabila fue reduciendo progresivamente la influencia de Uganda y Ruanda en los asuntos políticos, militares y económicos del país.

Parece que a consecuencia de esta decisión, el presidente Kabila tuvo conocimiento, a fines de julio de 1998, de un proyecto de golpe de Estado fomentado por el coronel Kabarebe (nacional ruandés) y ordenó la retirada de todas las fuerzas extranjeras de RDC.

Al no efectuarse la retirada de dichas fuerzas y ante la gravedad de los acontecimientos que se sucedieron, la RDC demandó ante el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) a Uganda alegando que había invadido su territorio mediante una operación aérea de traslado de tropas regulares desde Goma (ciudad fronteriza con Uganda) hasta Kitona (a 20 kilómetros del atlántico), repartiendo por todo el país unidades de sus fuerzas armadas llegando a ocupar sustanciales partes del territorio congolés, al tiempo que

prestaba soporte a grupos armados no gubernamentales opositores al gobierno de Kinshasa.

Por su parte, Uganda reconoce la presencia de sus tropas en territorio congolés pero la justifica, por un lado, desde mayo de 1997 hasta agosto 1998, alegando que fue requerido por el mismo presidente de la RDC para contribuir a la seguridad del Estado y, por otro lado, considerando que la RDC y Sudán estaban preparando un ataque armado contra Uganda y por tanto aumentó sus fuerzas presentes en la RDC en ejercicio de derecho a la legítima defensa.

Fondo: selección de los argumentos relativos a la aplicación del derecho internacional humanitario.

Los razonamientos del TIJ para resolver la controversia entre la República Democrática del Congo y Uganda son múltiples y variados (explotación ilegal de los recursos naturales¹⁴ y cuestión de la imputabilidad a Uganda, consecuencias jurídicas de la violación por parte de Uganda de sus obligaciones internacionales¹⁵, violación de las medidas provisionales adoptadas anteriormente¹⁶ y demandas reconventionales¹⁷), pero

¹⁴ El TIJ no dispone de elementos de prueba creíbles que permitan establecer que existía una política gubernamental en Uganda tendente a la explotación de los recursos naturales de la RDC, o que este Estado hubiera diseñado su intervención militar con el deseo de obtener un acceso a los recursos congolese. Sin embargo, el TIJ considera que tiene pruebas abundantes y convincentes para concluir que oficiales y soldados de las UPDF (...), entre los cuales había oficiales de la más alta graduación, participaron en el pillaje y la explotación de los recursos naturales de la RDC y que las autoridades militares no tomaron ninguna medida para finalizar con estas actividades. Así, Uganda comprometió su responsabilidad internacional por los actos de pillaje y de explotación de los recursos naturales de la RDC cometidos por los miembros de la UPDF en el territorio de la RDC, por violación de su obligación de supervisión de estos actos y por las omisiones de las obligaciones que le incumben en tanto que potencia ocupante en Ituri, en virtud del artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907.

¹⁵ El TIJ no considera establecido que Uganda, después de la retirada de los soldados del territorio de la RDC en junio de 2003, haya continuado cometiendo hechos internacionalmente ilícitos, como alegó la RDC. El TIJ concluye que no puede admitir la demanda de la RDC tendente a que Uganda cese inmediatamente todo hecho internacionalmente ilícito que se está realizando de forma continuada. En lo concerniente a la demanda de la RDC tendiente a que Uganda dé garantías específicas de no repetición de los hechos ilícitos denunciados, el TIJ se ha referido a las obligaciones suscritas por estos en el marco del acuerdo tripartito relativo a la seguridad en la región de los Grandes Lagos, firmado el 26 de octubre de 2004 por la RDC, Ruanda y Uganda, y concluye que satisfacen a la demanda de la RDC. El TIJ espera y exige a las partes que se conformen con las obligaciones que les incumben en virtud de este acuerdo y del derecho internacional general.

¹⁶ El TIJ señala que, en esta sentencia, ya estima que Uganda es responsable de actos contrarios al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos hasta el 2 de junio de 2003, por tanto, se entiende que Uganda no cumplió la decisión de medidas provisionales de 1 de julio de 2000.

¹⁷ En su primera demanda reconventional, Uganda afirma que, desde 1994, ha sido el objetivo de las operaciones militares y de otras actividades desestabilizadoras llevadas a cabo por grupos armados hostiles con base en la RDC, que era sostenidos o tolerados por los diversos gobiernos congolese. El TIJ la rechazó en su integridad. En la segunda demanda reconventional, Uganda sostiene que las fuerzas armadas congolese atacaron los locales de su embajada, que confiscaron bienes que pertenecían al gobierno, al personal diplomático y a nacionales ugandeses, y que infligieron malos tratos al personal diplomático y a otros nacionales ugandeses presentes en los locales de la misión y en el aeropuerto internacional de Ndjili. El TIJ considera que existen suficientes elementos de prueba sobre los ataques

aquí sólo nos extenderemos en aquellos aspectos que tienen una incidencia directa en la aplicación del derecho internacional humanitario (empleo de la fuerza contra la RDC, cuestión de la ocupación de guerra y violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario).

1) *El empleo de la fuerza contra la RDC*¹⁸.

Después de examinar la documentación y las pruebas practicadas, el TIJ estima que está claramente demostrado que, antes del mes de agosto de 1998, la RDC no se había opuesto a la presencia ni a las actividades de las tropas ugandesas en la zona fronteriza del este del Estado. Constata, sin embargo, que en la *Cumbre de Victoria Falls*, la RDC acusó a Uganda y a Ruanda de haber invadido su territorio. Por tanto, todo *consentimiento anterior* de la RDC a la presencia de tropas ugandesas sobre su territorio fue retirado, a más tardar, el 8 de agosto de 1998, en la clausura de la cumbre.

El TIJ declara que no puede considerar suficientemente establecido que Uganda participara en el ataque contra Kitona (localidad situada en el oeste de la RDC, a 18000 kilómetros de la frontera ugandesa) el 4 de agosto de 1998. Sin embargo, determinó que Uganda había tomado un determinado número de localidades en el este de la RDC y en otras zonas de este país entre agosto de 1998 y principios de julio de 1999.

El TIJ concluye que el *acuerdo de Lusaka*, los planes de desmantelamiento de Kampala y de Harare y el *acuerdo de Luanda* no comportaban (excepto la excepción limitada relativa a la región fronteriza de los montes Ruwenzori) un consentimiento de la RDC a la presencia de tropas ugandesas sobre su territorio, desde el mes de julio de 1999, que habría validado jurídicamente esta presencia. El TIJ aprecia que el acuerdo de Lusaka sólo había establecido un *modus operandi* para las partes al fijar un marco para la retirada ordenada de todas las fuerzas extranjeras de RDC. En parecido sentido, el TIJ no comparte la afirmación de Uganda según la cual las actividades militares realizadas desde principios de agosto de 1998 al mes de julio de 1999 pueden justificarse como actos de legítima defensa.

El TIJ estima que Uganda ha violado la soberanía y la integridad territorial de la RDC. Los actos de Uganda constituyen una injerencia en los asuntos internos de la RDC, especialmente en la guerra civil en la que estaba inmersa. La intervención militar ilícita de Uganda fue de tal duración y amplitud que es considerada por el TIJ como una

que tuvieron lugar contra la embajada y que los malos tratos fueron infligidos a diplomáticos ugandeses en los locales de la embajada y en el aeropuerto internacional de Ndjili. Concluye, por tanto, que la RDC no ha respetado las obligaciones internacionales que le incumbían en virtud de los artículos 22 y 29 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961.

¹⁸ Por dieciséis votos contra uno, el TIJ considera que la República de Uganda, al realizar acciones militares contra la RDC en su territorio, ocupando Ituri y manteniendo activamente, mediante planes militares, logísticos, económicos y financieros, fuerzas irregulares que operaban en territorio congolés, violó el principio de prohibición del recurso a la fuerza armada en las relaciones internacionales y el principio de no intervención.

violación grave de la prohibición del uso de la fuerza enunciado en el art. 2. 4 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁹.

2) *La cuestión de la ocupación de guerra*

El TIJ se encuentra en la necesidad de determinar si Uganda era o no una potencia ocupante en las partes del territorio congolés en las que estaban presentes sus tropas en esa época. El TIJ observa que, según el derecho internacional consuetudinario, un territorio está considerado como ocupado cuando se encuentra situado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo y que la ocupación no se extiende más que al territorio donde esta autoridad está establecida y ejerce su jurisdicción. En el presente asunto, el TIJ dispone de elementos de prueba suficientes para demostrar que Uganda había establecido y ejercía su autoridad en Ituri (una nueva provincia creada en junio de 1999) en tanto que potencia ocupante. En consecuencia, el TIJ considera que la responsabilidad de Uganda está demostrada, por un lado, por todos los actos de sus fuerzas armadas contrarios a sus obligaciones internacionales y, por otro lado, por la falta de control requerido para prevenir las violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario por parte de otros actores presentes en el territorio ocupado, incluyendo los grupos rebeldes que actuaban por su cuenta. De esta forma considera que Uganda es responsable del conjunto de actos y omisiones de sus fuerzas armadas sobre el territorio de la RDC que violan las obligaciones que le incumben en virtud de las reglas de derechos humanos y de derechos internacional humanitario pertinentes y aplicables a la situación.

3) *Violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario*²⁰.

En la valoración de la existencia o no de violaciones de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario el TIJ recurre a la multitud de informes oficiales que relatan el comportamiento del ejército ugandés durante el conflicto. El TIJ aprecia que el *informe del relator especial de la Comisión de derechos humanos* de 18 de enero de 2000 (E/CN4/2000/42, par. 112) refleja las masacres cometidas por las tropas ugandesas en Beni, el 4 de noviembre de 1999. En su *tercer informe sobre la MONUC*, el Secretario General concluye que las fuerzas armadas ruandesas y ugandesas deberían ser consideradas responsables de las pérdidas humanas

¹⁹ Sin embargo, el TIJ constata que no existe ningún elemento de prueba creíble que apoye la alegación de la RDC según la cual el Movimiento de Liberación del Congo (MLC), un movimiento dirigido por el rebelde Bemba, habría sido creado y controlado por Uganda.

²⁰ Por dieciséis votos contra uno, el TIJ manifiesta que, por el comportamiento de sus fuerzas armadas, que cometieron asesinatos y actos de tortura y otras formas de trato inhumano contra la población congoleña, destruyeron ciudades y edificios civiles, no establecieron distinción alguna entre objetivos civiles y objetivos militares y no protegieron a la población civil durante sus enfrentamientos con otros combatientes, entrenaron y utilizaron a niños soldado, incitaron al conflicto étnico y no adoptaron medidas para poner fin a dicho conflicto y por no haber, en tanto que potencia ocupante, adoptado medidas tendentes a respetar y a hacer respetar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el distrito de Ituri, la República de Uganda ha violado las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

y de los desgastes materiales que han infligido a la población civil de Kisangani (doc. S/2000/566, de 12 de junio de 2000, par. 79). La *resolución 1304 (2000) del Consejo de Seguridad*, de 16 de junio de 2000, deplora “las pérdidas de vidas civiles, los riesgos para la población civil y los daños materiales infligidos a la población congoleesa por las fuerzas de Uganda y Ruanda”. Múltiples casos de atrocidades cometidas por las tropas ugandesas contra la población civil, incluyendo casos de tortura o de muerte, son mencionados en el *informe del relator especial de la Comisión de derechos humanos*, de 1 de febrero de 2001 (E/CN4/2001/40, par. 112, 148-151). El *informe del relator especial de la MONUC sobre los acontecimientos de Ituri*, enero 2002-diciembre 2003 (doc. S/2004/573, de 16 de julio de 2004, par. 19, 42-43, 62), contiene pruebas abundantes de la implicación directa de las tropas de UPDF, en el conflicto étnico entre Hema y Lendu en Ituri, en los asesinatos de civiles y la destrucción de sus casas. Más allá de los incidentes particulares, se afirma que “centenares de localidades han sido destruidas por parte de UPDF y de las milicias hema del Sur” (par. 21) y que los UPDF han “igualmente bombardeado y destruido centenares de pueblos entre 2000 y 2002” (par. 27).

En este sentido, el TIJ estima que existe una suficiente concordancia entre las informaciones que emanan de las fuentes creíbles para convencerle de las violaciones masivas de los derechos humanos y de los graves incumplimientos del derecho internacional humanitario cometidos por los UPDF sobre el territorio de la RDC.

El TIJ aprecia también que existen suficientes elementos de prueba que confirman la alegación de la RDC según la cual las UPDF no hicieron nada por proteger a la población civil y no hicieron distinción alguna entre combatiente y no combatiente en el decurso de los enfrentamientos con otros combatientes. Según el *informe de la misión de evaluación interinstitucional* que se desplazó a Kisangani [informe realizado en aplicación de párrafo 14 de la resolución 1304 (2000) del Consejo de Seguridad (doc. S/2000/1153, de 4 de diciembre de 2000, par. 15-16)], en el conflicto armado entre fuerzas ugandesas y ruandesas en Kisangani más de setecientos sesenta mil civiles murieron y mil setecientos fueron heridos. Más de cuatro mil casas fueron destruidas. Sesenta y nueve escuelas y otros edificios públicos fueron dañados por obuses. La infraestructura sanitaria y la catedral sufrieron importantes daños y sesenta y cinco mil habitantes de la ciudad fueron obligados a huir y refugiarse en bosques cercanos.

El *informe especial de la MONUC sobre los acontecimientos en Uturi*, enero 2002-diciembre 2003 (doc. S/2004/573 de 16 de julio de 2004, par. 73) indicó que, el 6 y 7 de marzo de 2003, “durante y después de los combates entre la UPC (Unión de los patriotas congoleeses) y las UPDF en Bunia, diversos civiles fueron asesinados, casas y comercios saqueados y centenares de civiles fueron heridos de bala. Balas perdidas habrían matado a muchos civiles mientras que obuses fueron también utilizados contra las viviendas. Bajo esta apreciación, *el TIJ considera que los bombardeos ciegos constituyen en ellos mismos una violación flagrante del derecho humanitario.*

El TIJ considera que existen igualmente elementos creíbles que prueban que los UPDF incitaron a conflictos étnicos y que no adoptaron ninguna medida para prevenir estos

conflictos en el distrito de Ituri. Los *informes del relator especial de la Comisión de derechos humanos* (doc. A/55/403 de 20 de septiembre de 2000, par. 26 y E/CN4/2001/40, de 1 de febrero de 2001, par. 31) indican que la presencia ugandesa en Ituri suscitó un conflicto entre los Henas (de origen ugandés) y los Lendu. Según estos informes, las tierras pertenecientes a los Lendu fueron confiscadas por los Henas, apoyados militarmente por soldados ugandeses. Los informes indican también que las confrontaciones que se produjeron en agosto de 2000 provocaron diez mil muertos y comportaron el desplazamiento de cerca de cincuenta mil personas; a lo largo de todo el conflicto, las UPDF no adoptaron ninguna medida para lograr el cese de la violencia. El *sexto informe del Secretario general sobre la MONUC* (doc. S/2001/128 de 12 de febrero de 2001, par. 56) indicó que tropas de UPDF asistieron a la masacre y no hicieron nada para proteger a los civiles. También se precisa en el *informe especial de la MONUC sobre lo acontecimientos de Ituri*, enero 2002-diciembre 2003 (doc. S/2004/573 de 16 de julio de 2005, par. 6), que en lugar de intentar reestablecer la calma, los oficiales de la armada ugandesa, que ya se había desplegado en Ituri, buscaban obtener el mayor provecho de esta situación ofreciendo arbitrariamente su ayuda a una facción o a otra, en función de sus propios intereses políticos y financieros²¹.

El TIJ estima que existen elementos convincentes que prueban que los *niños soldado* fueron llevados a campos de entrenamiento de los UPDF y que estos no hicieron nada para impedir su reclutamiento en las zonas bajo su control. El *quinto informe del Secretario general sobre la MONUC* (doc. S/2000/1156, de 6 de diciembre de 2000, par. 75) evoca la confirmación de la deportación a Uganda de niños congolese reclutados en las regiones de Bunia, Beni y Butembo. El *décimo primer informe del Secretario General sobre la MONUC* (doc. S/2002/621 de 5 de junio de 2002, par. 47) menciona el hecho que los responsables locales de los UPDF en Bunia y en sus alrededores, en el distrito de Ituri, no adoptaron ninguna medida para impedir el reclutamiento de niños o para hacer de forma que una vez desmovilizados, los ex niños soldados no puedan ser de nuevo reclutados como niños soldado. El *informe especial de la MONUC sobre los acontecimientos en Ituri*, enero 2002-diciembre 2003 (doc. S/2004/573, de 16 de julio de 2004, par. 148) refleja numerosos casos en los que los niños congolese fueron transferidos a campos de entrenamiento de los UPDF para recibir formación militar.

De esta forma, el TIJ considera que las tropas de UPDF cometieron asesinatos, actos de tortura y otras formas de trato inhumano contra la población civil, que no establecieron una distinción entre objetivos civiles y militares y que no protegieron a la población civil durante los enfrentamientos con otros combatientes, que incitaron al conflicto étnico y que omitieron adoptar medidas tendentes a ponerle fin, que estuvieron implicados en la formación de niños soldado y que no adoptaron ninguna medida para

²¹ Las informaciones antes mencionadas son concordantes en la presentación de los hechos y son corroboradas por otras fuentes creíbles, como el informe de Human Rights Watch titulado "Ituri: Covered in Blood. Ethnically Targeted Violence in Northeastern DR Congo" (disponible en: <http://hrw.org/reports/2003/ituri0703/>).

asegurar el respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en los territorios que ocupaban²².

Otra cuestión a abordar es la de determinar si los actos y las omisiones de la UPDF, de sus oficiales y de sus soldados son atribuibles a Uganda. Los comportamientos de UPDF son en su conjunto claramente atribuibles a Uganda, puesto que se trata de un comportamiento de un órgano de un Estado. Conforme a una regla de derecho internacional claramente establecida, que tiene un carácter consuetudinario, el comportamiento de todo órgano de un Estado debe ser valorado como un hecho de ese Estado. Así, el comportamiento individual de los soldados y de los oficiales de la UPDF debe ser considerado como un comportamiento de un órgano de un Estado. Según la apreciación del TIJ, en virtud del estatus y de la función militar de los soldados ugandeses en RDC, el comportamiento de estos últimos es atribuible a Uganda. Por tanto, el argumento según el cual las personas concernidas no habrían actuado en estas circunstancias en calidad de personas ejerciendo prerrogativas de poder público carece de fundamento. También carece de fundamento, para la atribución del comportamiento de UPDF a Uganda, la cuestión de saber si los miembros de UPDF han actuado o no de forma contraria a las instrucciones dadas o sobrepasaron su mandato. Según una regla bien establecida de derecho consuetudinario -enunciada en el artículo 3 de la Cuarta Convención de La Haya concerniente a las leyes y costumbres de la guerra por tierra de 1907, así como el artículo 91 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949-, una parte en un conflicto armado es responsable de todos los actos de las personas que forman parte de sus fuerzas armadas.

Teniendo en cuenta lo precedente, el TIJ concluye que los actos cometidos por la UPDF y los oficiales y soldados de la UPDF son manifiestamente contrarios a las obligaciones dimanantes de los artículos 25, 27, 28 y, tratándose de las obligaciones que incumben a una potencia ocupante, de los artículos 43, 46 y 47 del Reglamento de La Haya de 1907. Estas obligaciones, puesto que dimanen del derecho internacional consuetudinario, son de obligado cumplimiento para las partes. Uganda ha violado igualmente las disposiciones siguientes contenidas en instrumentos de derecho internacional humanitario y de derecho internacional de los derechos humanos, en los cuales Uganda y RDC son partes:

- la Cuarta Convención de Ginebra, los artículos 27 y 32 así como el artículo 53, tratándose de las obligaciones que incumben a una potencia ocupante.
- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 6, párrafo 1, y 7.
- el Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, los artículos 48, 51, 52, 57, 58 y 75, párrafo 1 y 2.
- la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los artículos 4 y 5.

²² Sin embargo, tratándose de la pretensión de la RDC según la cual Uganda ha llevado a cabo una política deliberada de terror, confirmada según ellos por la impunidad casi total de la que gozaron los soldados y los oficiales responsables de las atrocidades cometidas sobre el territorio de la RDC, el TIJ no estima que esta alegación esté probada, en ausencia de elementos precisos que la confirmen. De todos modos, el TIJ constata que la guerra civil y la intervención militar extranjera en RDC generaron un clima general de terror que marcó profundamente la vida de los congoleses.

- la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 38, párrafo 2 y 3.
- el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño, los artículos 1, 2, 3 párrafo 3; 4, 5 y 6.

b) Caso Actividades armadas sobre el territorio del Congo (república democrática del Congo c. Ruanda), de 3 de febrero de 2006.

En el presente caso, aún cuando se presentan cuestiones de aplicabilidad del derecho internacional humanitario, el TIJ no puede entrar a analizar el fondo del asunto puesto que, por quince votos contra dos, manifiesta que carece de competencia para conocer la demanda introducida por la república democrática del Congo.

B) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se destaca que diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso de la Masacre de Puerto Bello vs. Colombia –sentencia de 31 de enero de 2006-; caso López Álvarez vs. Honduras –sentencia de 1 de febrero de 2006; caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay –sentencia de 6 de febrero de 2006-; caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname -sentencia de 8 de febrero de 2006-; y, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay -sentencia de 29 de marzo de 2006-) se han visto acompañadas del voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade que para justificar el carácter de norma de *ius cogens* del derecho al acceso a la justicia²³. De esta forma el juez reitera que: “La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la *plena realización* de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados *conjuntamente*. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario [ex. Artículo 75 del Protocolo I (de 1977) a las Convenciones de Ginebra (de 1949) sobre Derecho Internacional Humanitario], tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección”.

2. Responsabilidad penal del individuo ante jurisdicciones internacionales

A) Corte Penal Internacional: noticia de casos.

²³ Uno de los componentes principales de ese derecho es el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana).

Siguen las investigaciones abiertas en el caso de Sudán (Darfur), en la República Centro Africana²⁴, en Uganda²⁵ y en la República Democrática del Congo.

Destaca esta última situación por haberse iniciado el caso Caso 01/04-01/06, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dilo*, ante la *Sala de Cuestiones Preliminares I*. Esta sala emitió una Orden de detención contra Thomas Lubanga Dilo (Doc. ICC-01/04-01/06, 10 de febrero de 2006) por considerar que habían dudas razonables para creer que era criminalmente responsable de haber cometido:

- *el crimen de guerra de alistar niños menores de 15 años, tipificado en el art. 8 (2) (b) XXVI u 8 (2) (e), VII del Estatuto de Roma.*
- *el crimen de guerra de reclutar niños menores de 15 años, tipificado en el art. 8 (2) (b) XXVI u 8 (2) (e), VII del Estatuto de Roma.*
- *el crimen de guerra de utilizar niños menores de 15 años, tipificado en el art. 8 (2) (b) XXVI u 8 (2) (e), VII del Estatuto de Roma.*

El 20 de marzo tuvo lugar la primera audiencia pública en sesión abierta.

B) Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia: selección de jurisprudencia

a) *Sala de Apelaciones*

Han recaído tres sentencias sobre el fondo. De entre estas se ofrece una síntesis de los argumentos relativos a la aplicación del Derecho internacional humanitario de la siguiente sentencia (se indica el número de párrafo entre paréntesis tras el argumento destacado)²⁶:

-*Prosecutor c. Milomir Stakic, Sala de Apelaciones, Sentencia, caso n.º: IT-97-24-A, 22 de marzo de 2006*

Temas clave:

Genocidio (definición positiva del grupo, determinación del elemento de *mens rea*); responsabilidad penal (*Joint Criminal Enterprise*; "co-perpetratorship"); violaciones del derecho a un juicio justo y error judicial; aplicación de crímenes contra la humanidad (art. 5 del Estatuto) (ataque generalizado o sistemático, exterminación, deportación, persecución); concurso de delitos (crímenes contra la humanidad de asesinato y

²⁴ Se designa al Juez presidente de la Sala de Cuestiones preliminares III, el 28 de marzo de 2006, doc n.º ICC-01/05.

²⁵ Se designa al Juez presidente de la Sala de Cuestiones preliminares II, 28 de marzo de 2006, doc. n.º ICC-02/04.

²⁶ Las otras son: *The Prosecutor c. Momir Nikolic, sentencia, caso n.º IT-02-60/1-A, de 8 de marzo de 2006*: Temas clave: crimen de persecución, gravedad del crimen, circunstancias agravantes y atenuantes. Tras identificar determinados errores, la sala reduce a 20 años la condena del acusado. *The Prosecutor c. Mladen Naletilic, a.k.a. Tuta y Vinko Martinovic a.k.a. Stela, Sentencia, caso n.º IT-98-34-A, 3 de mayo de 2006*. Temas clave: limpieza étnica, asesinatos, tortura. Se confirma sentencia de Sala de Primera instancia que condenó a los acusados respectivamente a 20 y 18 años de prisión.

deportación con crimen contra la humanidad de persecución; y persecución con exterminación); aspectos a tener en cuenta en la determinación de la pena.

Antecedentes

El caso se refiere a la participación de Stakic en los acontecimientos ocurridos en la municipalidad de Prijedor, en Bosnia y Herzegovina, desde el 30 de abril de 1992 al 30 de septiembre de 1992, acontecimientos que siguieron a la toma serbia de Prijedor el 30 de abril de 1992, y conllevaron las atrocidades de los campos de Omarska, Keraterm y Trnopolje.

El apelante, Milomir Stakic, fue condenado a cadena perpetua cualificada, sujeta a revisión tras 20 años, en sentencia de 31 de julio de 2003, por la comisión de exterminación como crimen contra la humanidad (cargo 4); persecución como crimen contra la humanidad (cargo 6), conllevando el crimen de asesinato como crimen contra la humanidad (cargo 3) y deportación como crimen contra la humanidad (cargo 7); no considerándole culpable del crimen de genocidio (cargo 1) y de complicidad en cometer genocidio (cargo 2). Tanto Stakic como la Fiscalía apelaron contra esta sentencia.

Fondo: selección de los argumentos relativos a la aplicación del Derecho internacional humanitario.

a) Desestimación de los motivos alegados por el Fiscal relativos al cargo de genocidio y complicidad en cometer genocidio.

En relación al tercer motivo de apelación, mayoritariamente, salvo la opinión disidente del Juez Shahabuddeen, se rechaza la alegación de la Fiscalía de que la Sala cometió un *error de derecho* al no definir el grupo objeto de genocidio *como todos los no serbios* en la municipalidad de Prijedor, exigiendo a cambio que el Fiscal estableciera genocidio con respecto a los bosnio croatas y bosnio musulmanes separadamente. Basándose en los antecedentes de la adopción de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio así como en los debates de expertos sobre el artículo 4 del Estatuto, se rechaza una “aproximación negativa” de la definición del grupo, decantándose por su definición positiva tal como se desprende de la propia etimología del término de “genocidio” (párr. 16-28) ; así como su alegación alternativa de que la Sala *erró de hecho* al considerar que no se había probado suficientemente que el grupo bosnio croata era, separadamente considerado, el objeto de actos que potencialmente podían ser considerados como *actus reus* de genocidio (párr. 29-35).

En relación a la *mens rea* de genocidio (primer y segundo motivo de apelación), se rechazan los seis argumentos presentados por la Fiscalía contra la afirmación de la Sala de primera instancia de que el apelante carecía del elemento de *dolus specialis* de genocidio. Los argumentos se desarrollan en los párrafos 37 a 57.

b) Empresa criminal común (o conjunta) (Joint Criminal Enterprise).

La Sala entra *motu proprio* a argumentar sobre la forma de responsabilidad en este caso. La Sala de primera instancia rechazó aplicar la teoría de la empresa criminal conjunta, eligiendo el término de "co-perpetratorship", nuevo para la jurisprudencia del tribunal. Aunque ni la Fiscalía ni el apelante han apelado esta cuestión, dada la incerteza e incluso confusión que puede generar este nuevo término, la Sala de apelaciones entra a pronunciarse sobre el mismo en aras a asegurar el respeto de los valores de consistencia y coherencia en la aplicación del derecho por el Tribunal. La Sala considera que el modo de responsabilidad de "co-perpetratorship," "as defined and applied by the Trial Chamber, does not have support in customary international law or in the settled jurisprudence of this Tribunal, which is binding on the Trial Chambers. By way of contrast, joint criminal enterprise is a mode of liability which is "firmly established in customary international law" (*Tadić* Appeal Judgement, par. 220) and is routinely applied in the Tribunal's jurisprudence. Furthermore, joint criminal enterprise is the mode of liability under which the Appellant was charged in the Indictment, and to which he responded at trial" (párr. 62). La Sala analiza los elementos necesarios para una responsabilidad de empresa criminal común (párr. 64-65) y tras analizar los hechos del caso, considera que es aplicable al caso (par. 85). E incluso afirma que para algunos hechos "the Appellant had the requisite *mens rea* to be found responsible under the third category of joint criminal enterprise for the crimes of murder (as a war crime and as a crime against humanity) and extermination" (parr.98); en este caso "the use of *dolos eventualis* within the context of the third category of joint criminal enterprise does not violate the principles of *nullum crimen sine lege* and *in dubio pro reo*" (párr. 103).

c) *Motivos de apelación del Apelante.*

La Sala rechaza el primer motivo de apelación relativo a la *ampliación de la acusación por la Sala de Primera instancia* (párr. 105-143), así como el segundo y tercero relativos a violaciones alegadas del *derecho a un juicio justo y a error judicial* (párr. 144-243).

Crímenes contra la humanidad (art. 5 del Estatuto).- El apelante alega error de derecho y hecho en la aplicación de varios elementos del artículo 5 del Estatuto. En primer lugar, niega que en Prijedor hubiera un *ataque generalizado o sistemático*. Al respecto, la Sala afirma que "Having found that the Trial Chamber did not err in concluding that a systematic attack occurred, (...) for reasons of judicial economy, it is not necessary to address whether such an attack is also widespread. The related submissions are accordingly dismissed. (parr. 251). En segundo lugar, alega error de derecho en su trato de exterminación como crimen contra la humanidad. Se rechazan los argumentos del apelante, considerando que "the Appeals Chamber concurs with the finding of the Trial Chamber in the instant case that knowledge of a "vast scheme of collective murder" is not an element required for extermination, a crime against humanity.⁵⁵⁰ The ICTR Appeals Chamber has clearly stated that the *actus reus* of extermination is "the act of killing on a large scale." (*Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 516. See also *Vasiljević* Trial Judgement, para. 229.). The *actus reus* also includes "subjecting a widespread number of people or systematically subjecting a number of people to conditions of living that would inevitably lead to death"[(*Ntakirutimana* Appeal

Judgement, para. 522. The *Akayesu* Trial Judgement (para. 592) had also held that the victims be “named or described persons”. The Appeals Chamber in *Ntakirutimana* dispensed with this requirement, and it is not necessary that a precise identification of certain named or described persons be established; it is sufficient that mass killings occurred (*Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 521)]. The *mens rea* required for extermination is that the accused intended, by his acts or omissions, either killing on a large scale, or the subjection of a widespread number of people, or the systematic subjection of a number of people, to conditions of living that would lead to their deaths” (par. 259). Tampoco se requiere un número mínimo de víctimas para determinar la existencia del crimen de exterminación (par. 261). Y es suficiente el *dolus eventualis* para cumplirse el requisito de *mens rea* de responsabilidad según la tercera categoría de empresa criminal conjunta.

En tercer lugar, se centra en el alegado error de derecho en la aplicación de la deportación, al no exigir el desplazamiento forzoso a través de una frontera nacional y al inferir que el apelante tenía la intención de deportar a la población no serbia permanentemente. La Sala acepta algunos de estos motivos, considerando en primer lugar que “the *actus reus* of deportation is the forced displacement of persons by expulsion or other forms of coercion from the area in which they are lawfully present, across a *de jure* state border or, in certain circumstances, a *de facto* border, without grounds permitted under international law. The Appeals Chamber considers that the *mens rea* of the offence does not require that the perpetrator intend to displace the individual across the border on a permanent basis. These elements reflect the jurisprudence of the Tribunal to date” (parr. 278). La Sala afirma que el hecho de que una ONG participe en el desplazamiento por motivos humanitarios, no hace a éste legal si se cumplen los elementos del crimen de deportación (parr. 286-287). Tras analizar jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg, los comentarios a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, el Proyecto de Códigos de Delitos contra la paz y seguridad internacionales de la CDI, el estudio del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario y su propia jurisprudencia, afirma más concretamente que “displacements across constantly changing frontlines are not sufficient under customary international law to ground a conviction for deportation” por lo que concluye que “to the extent the Trial Chamber convicted the Appellant of deportations for displacements across such changing frontlines, the Trial Chamber erred as a matter of law and exceeded the scope of its jurisdiction” (párr 303) con la opinion disidente del juez Shahabuddeen. También considera que la *mens rea* de deportación no requiere la intención de que los deportados no deberían volver (par.304-307). En conclusión “On the basis of the reasoning set out above, the Appeals Chamber rejects the Appellant’s submissions with respect to the legality of departures organised by international humanitarian organisations. In relation to the question whether the Trial Chamber correctly applied the elements of the crime of deportation, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber erred in its characterisation of both the element of a cross-border transfer and the requisite *mens rea* for the crime of deportation. (parr. 308). En relación a hechos de *transferencia forzosa* que no llegan a poder ser considerados como deportación, la Sala de Apelaciones afirma que deberían “have entered a conviction for other inhumane acts under Article 5(i) of the Statute for the other acts discussed above”

(par. 321). En cuarto lugar se rechazan las alegaciones de error en la aplicación del *crimen de persecución* (par. 322-339).

- *Artículo 3*. Se rechaza el argumento del Apelante de error en el cargo 5 (asesinato como violación de las leyes y costumbres de la guerra), al haber demostrado la Sala suficientemente en nexo entre los hechos y el conflicto armado (párr. 340-349).

- *Cumulative Convictions (concurso de delitos)*. Se concede la alegación de la Fiscalía de un error por no haber condenado concursalmente por los crímenes contra la humanidad de asesinato y deportación y el crimen contra la humanidad de persecución, basados en los mismos hechos, alegando que el crimen de persecución es más específico. La Sala se refiere al Test establecido en *Celebici*, sentencia de Apelación y *Kordic*, sentencia de Apelación (the test as set forth in *Čelebići and Kordić* does not permit the Trial Chamber discretion to enter one or more of the appropriate convictions, unless the two crimes do not possess materially distinct elements” (par. 358). La Sala, con la opinión disidente del Juez Güney, considera que se permite el concurso ideal de infracciones para los siguientes crímenes contra la humanidad: asesinato y persecución (par. 359), deportación y persecución (par. 360); otros actos inhumanos (transferencia forzosa) y persecución (par. 361); exterminación y persecución (par. 364); pero no se permite asesinato y persecución, siendo este último crimen más específico (art. 366). Por tanto, se rechaza la alegación del Apelante de error por haberle condenado concursalmente por persecuciones y exterminación basándose en los mismos hechos.

Condena: se rechazan los motivos del Apelante contra la condena de cadena perpetua, si bien se considera que la Sala de primera instancia cometió tres errores al imponer esta sentencia, reduciéndola finalmente a 40 años de prisión (parr. 368-428).

Finalmente, la Sala confirma la culpabilidad de Stakic, reduciendo la condena a 40 años de prisión.

b) Primera instancia

Han recaído cuatro sentencias en primera instancia. De entre estas se seleccionan las dos siguientes de las que se ofrece una síntesis, destacando los argumentos relativos a la aplicación del Derecho internacional humanitario ((se indica el número de párrafo entre paréntesis tras el argumento destacado)²⁷.

²⁷ Las otras dos son las siguientes. *The Prosecutor c. Ivica Marijacic y Markica Rebic*, sentencia, caso n° IT-95-14-R77.2, 10 de marzo de 2006. Temas clave: condena por desacato contra el Tribunal. Se condena a cada acusado a una multa de 15.000 euros. *The Prosecutor c. Naser Oric*, sentencia, caso n° IT-03-68-T, 30 de junio de 2006. Temas clave: crímenes de guerra (asesinato, tratos crueles, destrucción violenta de ciudades, pueblos y aldeas no justificada por necesidades militares), jurisdicción bajo el artículo 3 del Estatuto, Srebrenica, responsabilidad penal (incitación, asistencia y ayuda, responsabilidad del superior jerárquico). La Sala condena al acusado como superior jerárquico por no haber tomado las medidas necesarias para prevenir asesinatos y tratos crueles, a 2 años de prisión.

- *Prosecutor V. Ivica Rajić, A.K.A. Viktor Andrić, Sala de primera instancia I, sentencia, 8 de mayo de 2006, case No. IT-95-12-S*

Temas clave:

Gravedad relativa entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; Irrelevancia de factores externos para la determinación de la gravedad de los crímenes; Relevancia de la posición de RAJIK como superior jerárquico que planeó y ordenó para determinar la gravedad de la pena; circunstancias agravantes y atenuantes.

Hechos y situación procesal

Ivica RAJIC, militar de carrera, nacido en Bosnia y Herzegovina, que era Comandante del HVO's Second Operational Group in the Central Bosnia Operative Zone based in Kiseljak, junto a otros mandos fueron ordenados por el mando de la HVO Main Staff a *resolver la situación en Vares (población de mayoría musulmana) sin mostrar piedad alguna por nadie*; la orden conocida por los soldados y mandos locales de HVO fue llevada a cabo con una muy alta y agresiva actitud contra los musulmanes bosnios del área de Vares. RAJIC, tenía varios soldados bajo su mando y control y conocía que éstos habían manifestado una agresión extrema contra tal población, mostrando un fuerte deseo de destruir todo aquello que no fuera croata. Conociendo ello RAJIC ordenó a sus fuerzas atacar varias poblaciones y detener a los hombres musulmanes en edad militar. RAJIC conocía que los crímenes serían cumplidos. Ninguno de los crímenes estaba justificado por *necesidades militares*.

El Fiscal, en el acta de acusación enmendada, le acusa de cinco infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949: asesinato (art. 2 (a) del Estatuto (cargo 1); tratos inhumanos (art. 2(b) del Estatuto (cargo 3); detención ilegal de civile (art. 2(g) del Estatuto (cargo 5); apropiación de propiedad (Art. 2 (d) del Estatuto (cargo 7) y destrucción de gran alcance no justificada por necesidades militares y llevada a cabo ilegal y cruelmente (art. 2 (d) del Estatuto (cargo 9). También se le acusa de cinco violaciones de las leyes y costumbres de la Guerra: asesinato ((art. 3.1. común de las Convenciones de Ginebra y art. 3 del Estatuto (cargo 2); atrocidades a la dignidad personal, en particular tratos humillantes y degradantes (art. 3 (1)(c) común de las Convenciones de Ginebra y art. 3 del Estatuto (cargo 4); tratos crueles (art. 3(1)(a) común de las Convenciones de Ginebra y art. 3 del Estatuto (cargo 6); saqueo de propiedades públicas o privadas (art. 3(e) del Estatuto (cargo 8) y destrucción cruel de una ciudad o devastación no justificada por las necesidades militares (art. 3(b) del Estatuto (cargo 10).

RAJIC, decidió declararse culpable de cuatro cargos y se llegó a un acuerdo de culpabilidad de los cargos 1, 3, 7 y 9, aceptando que la sentencia fuera de entre 12 y 15 años. *El fondo del asunto se centra en diversas cuestiones relativas a la determinación de la pena.*

Fondo: selección de los argumentos relativos a la aplicación del Derecho internacional humanitario.

Para determinar la pena el Tribunal analiza los siguientes aspectos: la gravedad de los crímenes, las circunstancias agravantes y atenuantes y la práctica en la ExYugoslavia. De la argumentación destacan los siguientes aspectos relativos al Derecho internacional humanitario:

a) Gravedad de los crímenes

i. Sobre la gravedad relativa entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

Frente al argumento de la defensa de que los crímenes de guerra son menos graves que los crímenes contra la humanidad, como se señalaba en la Sentencia de Duzko Tadić (sin dar más precisión), el Tribunal señala que no hay diferencia de gravedad entre crímenes de guerra y contra la humanidad. Al contrario, afirma que “However, the case-law of the Tribunal has consistently held that “there is in law no distinction between the seriousness of a crime against humanity and that of a war crime” (*Tadić* Sentencing Appeals Judgement, par. 69; *Furundžija* Appeals Judgement, para. 243; *Kunarac* Trial Judgement, par. 851, *Krnojelac* Trial Judgement, par. 511). The gravity of the crimes should be assessed in view of the particular circumstances of each case” (párr. 83)”

ii. Irrelevancia de factores externos para la determinación de la gravedad de los crímenes.

Para el Tribunal “the immediate attention these events received from the Security Council and the fact that they were widely broadcasted have no bearing in the determination of the gravity of the crimes. Indeed, the seriousness of these crimes is not related to such attention or coverage.⁷³ Were this the case, the gravity of two otherwise identical crimes would differ depending on their international attention or media coverage” (párr. 87).

iii. Relevancia de la posición de RAJIK como superior jerárquico que planeó y ordenó para determinar la gravedad de la pena (párr. 88-91).

iv. Relevancia del impacto total de los crímenes sobre las víctimas y sus familias para determinar la gravedad.

Como ya se señalara en el caso Celebici (al declarar que “[t]he gravity of the offences of the kind charged has always been determined by the effect on the victims or, at the most, on persons associated with the crime and nearest relations.”), el Tribunal considera que “This factor [that “the victims and their relatives suffered severe pain as a direct result of the crimes”] should therefore be taken into consideration when determining the seriousness of the crimes” (párr. 95).

b) Circunstancias agravantes.

i. Autoridad y superioridad jerárquica de RAJIC: no procede tener en consideración como circunstancia agravante.

Aunque la jurisprudencia del Tribunal lo viene haciendo consistentemente, también la Sala de Apelaciones ha dejado claro en *Momir Nikolic Appeals Sentencing Judgement* y en *Stakic Appeals Judgement* “that when sentencing an accused, the Trial Chamber cannot take into account twice his position of authority or as a superior – that is both when considering the gravity of the crimes and when examining the aggravating factors (*Momir Nikolić Appeals Sentencing Judgement*, para. 61; *Stakić Appeals Judgement*, para. 411). The Appeals Chamber stressed the fact that “[d]ouble-counting the Appellant’s role in the crimes is impermissible as doing so allows the same factor to detrimentally influence the Appellant’s sentence twice.”¹⁰⁴ (*Momir Nikolić Appeals Sentencing Judgement*, para. 61).. Por lo tanto, dado que el tribunal ya ha tenido en cuenta este aspecto para determinar la gravedad del crimen, no lo tomará en cuenta de nuevo como circunstancia agravante (párrs. 106-110).

ii. Particular posición de vulnerabilidad de algunas víctimas.

Se considera como una circunstancia agravante el hecho de que hubiesen mujeres (incluso una inválida) y niños (párr. 119).

iii. Participación en un encubrimiento y obstrucción a la justicia por casi ocho años.

Son rechazados como circunstancias agravantes, pero serán tomadas en consideración para valorar los factores atenuantes (párr. 132-135)

d) Circunstancias atenuantes.

i) Declaración de culpabilidad.

Se acepta como circunstancia atenuante pues “According to the jurisprudence of the Tribunal, a guilty plea may be a mitigating factor because, according to the circumstances, it may: demonstrate repentance, honesty, and readiness to take responsibility, help to establish the truth, contribute to establish peace and reconciliation, set an example for other persons guilty to come forward, relieve witnesses from giving evidence in court and save Tribunal time and resources” (párr. 145)

ii. Personalidad de RAJIC.

Remordimiento: Es aceptado tras señalar que “the case-law of the Tribunal has recognized that remorse should be considered as a mitigating circumstance, provided that it is real and sincere” (párr. 150). Cooperación con el Fiscal: es aceptado (párrs. 155-158). Otras circunstancias personales: Se tiene en cuenta que “The Trial Chamber recalls that the jurisprudence of the Tribunal has taken into consideration various personal circumstances as mitigating factors, such as the family situation of an

accused, his efforts to be reintegrated into society and the absence of prior criminal record” (párr. 160). Pero también que “the Tribunal has generally attached only limited importance to these personal factors” (párr. 161), por lo que en este caso sólo se le da un papel limitado.

El acusado es condenado a la pena menor de 12 años de prisión.

- *Le Procureur c/ Enver Hadžihasanović & Amir Kubura, sentencia, caso n°: IT-01-47-T, 15 de marzo de 2006.*

Temas clave:

Condiciones de aplicación del artículo 3 del Estatuto (conflicto armado); crímenes de guerra (asesinato, tratos crueles, destrucción sin motivo de ciudades y pueblos que no se justifican por las exigencias militares, pillaje de bienes públicos o privados, destrucción o daños deliberados de edificios consagrados a la religión); responsabilidad del superior jerárquico (elementos constitutivos); participación de *Moudjahidines*.

Hechos y acusación:

Se acusa a Hadzihasanovic, que en 1993 era miembro del Mando Conjunto de la Armada de la Federación de Bosnia-Herzegovina (ABiH) y a Kubura, que en 1994 fue nombrado Comandante de la 1ª Brigada musulmana de montaña del 1^{er} cuerpo de la ABiH; en 1995 fue nombrado Comandante de la 4433r Brigada del 4º cuerpo de la ABiH; y en 1999 fue nombrado miembro del Mando del 1er cuerpo de la ABiH. Ambos son acusados en tanto que superiores jerárquicos en virtud del artículo 7.3) del Estatuto, por no haber prevenido o castigado ciertos comportamientos de sus subordinados, constitutivos de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra sobre la base del artículo 3 del Estatuto.

Concretamente, la acusación sostiene que de 1993 hasta marzo de 1994 la ABiH entabló un conflicto armado con el Consejo de Defensa Croata (HVO) en Bosnia central, principalmente en los municipios de Travnik, Zenica, Bugojno, Kakanj et Vare. Alega que unidades subordinadas al 3er Cuerpo, entre ellas la 7º Brigada dirigida por Kabura, atacaron ciudades y pueblos habitados mayoritariamente por croatas de Bosnia. Después de los ataques, civiles croatas de Bosnia principalmente, pero también civiles serbios e Bosnia fueron ilegalmente encarcelados o detenidos de otra forma, en lugares controlados por unidades subordinadas de los acusados. Tras su detención habrían sido víctimas de violencias físicas y psicológicas. Las condiciones de detención se caracterizarían principalmente por una sobrepoblación, falta de higiene y cuidados médicos así como privaciones inhumanas como la falta de alimento, agua y otros. Además la acusación alega que unidades subordinadas de los acusados han pillado y destruido bienes de croatas y serbios de Bosnia, sin que fuera justificado por las exigencias militares. Además, edificios, lugares y edificios religiosos *bosnio croatas* habrían estado destruidos o de otra forma dañados o violados. La acusación alega que los acusados sabían o tenían razones de saber que sus subordinados se disponían a

cometer los crímenes o lo habían hecho, y que no adoptaron las medidas necesarias y razonables para impedir estos actos o castigar a sus autores.

Por tales omisiones, los acusados serían penalmente responsables por asesinato y tratos crueles, en tanto que violaciones de las leyes o costumbres de la guerra sancionadas por los artículos 3 y 7 3) del Estatuto y reconocidas por el artículo 3 1) a) de las Convenciones de Ginebra; destrucción sin motivo de pueblos y ciudades que no se justifican por las exigencias militares, en tanto que violación de las leyes o costumbres de la guerra sancionados por los artículos 3 b) y 7 3) del Estatuto; pillaje de bienes públicos o privados en tanto que violación de las leyes o costumbres de la guerra sancionadas por los artículos 3 e) y 7 3) del Estatuto; y destrucción o daños deliberados de edificios consagrados a la religión, en tanto que violación de las leyes o costumbres de la guerra sancionados por los artículos 3 d) y 7 3) del Estatuto.

Fondo: selección de los argumentos relativos a la aplicación del Derecho internacional humanitario.

De la larga sentencia (un total de 803 pp, incluyendo anexos) puede destacarse el ser la primera del TPIY en la cual se acusa de la participación de *Moudjahidines* extranjeros o combatientes musulmanes de crímenes cometidos en Bosnia central durante los años 1992 y 1993. El Tribunal consciente del interés que este fenómeno puede suscitar sobre todo tras los acontecimientos ocurridos en el mundo tras 1993, entra en el análisis de su concepto e implicaciones pero solo en la medida en que son necesarios al caso concreto. De los argumentos de fondos, sobre el contenido y aplicación del DIH destacan los siguientes:

a) Condiciones de aplicación del artículo 3 del Estatuto

Como la jurisprudencia del Tribunal ha señalado a menudo, el artículo 3 se aplica cualquiera que sea la naturaleza del conflicto y dos condiciones preliminares deben cumplirse: la existencia de un conflicto armado y la relación estrecha entre los hechos incriminados y el conflicto (párr.13). Se sigue la jurisprudencia Tadic (sentencia relativa a la competencia), en la que la Sala de apelaciones considera que un conflicto armado existe cada vez que hay recurso a la fuerza armada entre Estados o cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el interior de un Estado. El DIH se aplica desde que se inician estos conflictos y se extiende más allá de la cesación de las hostilidades, hasta que la conclusión federal de la paz; o en el caso de los conflictos internos, hasta que un arreglo pacífico de controversias sea logrado (párr. 14). Además la Sala de Apelaciones en el caso Tadic precisó que “incluso si no han tenido lugar acciones militares sustanciales (en una región dada) en las fechas y lugar donde presumiblemente los crímenes se han cometido [...] el DIH se aplica. Es suficiente que los crímenes presuntos hayan estado estrechamente ligados a las hostilidades desarrolladas en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto “Arte Tadic relatif à la compétence, par. 70; réaffirmée par la Chambre d’appel, Arrêt Kunarac, par. 57.) (párr. 15). Sobre la relación estrecha, se basa en el caso Kunarac en la Sala de Apelaciones, donde se precisa que es suficiente establecer que “el autor del crimen ha actuado con la

intención de servir a un conflicto armado o bajo la apariencia de éste” (Arrêt Kunarac, par. 58) (párr. 16). Posteriormente se reiteran las cuatro condiciones que según la Sala de apelaciones ha de reunir un crimen para que pueda ser objeto de persecución ante el Tribunal bajo el artículo 3 del Estatuto, que actúa como una cláusula supletoria y por tanto aplicable aunque la infracción no esté específicamente enunciada en ésta (atentar a una regla de DIH; regla que debe ser de derecho consuetudinario o de derecho convencional, debiendo cumplirse las condiciones exigidas; la violación debe ser grave; y la violación de la regla debe conllevar la responsabilidad penal individual de su autor) (párr. 17). En concreto se concluye que existió un conflicto armado en la zona y período que afectan a los hechos del caso: conflicto que enfrentó al HVO y la ABiH. Entre otros datos conocidos, el Tribunal señala que la «présence de membres d’organisations internationales tentant de faire appliquer et conclure les accords de cessez-le-feu est un élément additionnel permettant de déduire qu’il existait bien un conflit armé dans les municipalités couvertes par l’Acte d’accusation à l’époque circonscrite par ce dernier » (párr. 23). También considera que hay elementos de prueba suficientes que demuestran el vínculo estrecho entre los hechos y el conflicto armado (párr. 26). Califica al conflicto, por defecto, de conflicto armado interno. Se basa en la Sala de apelaciones que en 2003 determinó que si « l’Accusation souhaite, même à titre subsidiaire, invoquer l’existence d’un conflit armé international, elle doit argumenter, à titre de fait pertinent, que le conflit armé présentait un caractère international et étayer cette argumentation⁶⁷» (Décision relative à la requête de la Défense concernant le contre-interrogatoire de témoins par l’Accusation, 9 décembre 2004, pp. 4 à 5). (párr. 27). Por último, considera que se dan las condiciones establecidas en la sentencia de apelación Tadic, siguiendo el razonamiento adoptado por la Sala de primera instancia en el caso Strugar (párr. 29).

b) Definición y elementos constitutivos de crímenes que afectan a personas

- Asesinatos: Como afirma jurisprudencia bien establecida del Tribunal, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, comprendido en el artículo 3 del Estatuto, se aplica s’il est établi que les victimes du crime n’ont pas participé directement au conflit armé » (párr. 30). La definición de «asesinato» está bien establecida por la jurisprudencia del tribunal : « Pour qu’il y ait meurtre, le décès de la victime doit résulter d’un acte ou d’une omission de l’accusé ou de personnes dont il est pénalement responsable alors qu’ils étaient animés de l’intention de donner la mort à la victime ou de porter des atteintes graves à son intégrité physique, dont l’auteur ne pouvait que raisonnablement prévoir qu’elles étaient susceptibles d’entraîner la mort » (párr. 31). Y además, en lo que se refiere al elemento moral (*mens rea*), “la Chambre a souscrit à la définition de la Chambre Stakic selon laquelle : « tant un dol direct qu’un dol éventuel suffisent à établir le meurtre au sens de l’article 3. [...] La définition technique du dol éventuel est la suivante : si l’agent adopte un comportement mettant en danger la vie d’autrui, il commet un meurtre dès lors qu’il « envisage » ou « accepte » la possibilité que son comportement cause la mort d’autrui. Par conséquent, si l’homicide est commis avec « une indifférence manifeste pour la valeur de la vie humaine », même un comportement faisant courir un risque infime peut être qualifié de meurtre » (Jugement Staki}, par. 587) (párr. 31).

- Tratos crueles: Éstos se definen en la jurisprudencia del Tribunal como “un acte ou une omission à caractère intentionnel, qui cause de grandes souffrances ou douleurs physiques ou mentales ou qui constitue une atteinte grave à la dignité humaine (Arrêt Čelebići, par. 424 ; Arrêt Blazkic, par. 595) (párr. 32). La gravedad del acto, se determina tomando en consideración todas las circunstancias de hecho « y compris la nature de l’acte ou de l’omission, son contexte, sa durée et/ou son caractère répétitif, les incidences physiques, mentales et morales de l’acte sur la victime, ainsi que la situation personnelle de cette dernière, notamment son âge, son sexe, et son état de santé Jugement Krnojelac, par. 131) (párr. 33). En cuanto al elemento moral, tal como señala la Sala en Krnojelac, « L’élément moral requis est présent lorsque l’auteur principal, au moment de l’acte ou de l’omission, avait l’intention d’infliger de grandes souffrances physiques ou mentales, ou d’attenter gravement à la dignité humaine de la victime, ou lorsqu’il savait que son acte ou son omission était susceptible de causer pareilles souffrances, ou d’attenter gravement à la dignité humaine, et qu’il ne s’en est pas soucié » (párr. 34). Las *detenciones en condiciones difíciles* son susceptibles de constituir tratamiento cruel si causan grandes sufrimientos o dolores físicos o mentales o constituyen un atentado grave a la dignidad humana (Jugement Čelebići, paras. 554-558, 1015-1018, 1112-1119). El artículo 5.1 del Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra sirve para establecer la gravedad de las condiciones de detención. “Cet article oblige les parties au Protocole additionnel II de respecter certaines conditions de détention, qui sont des conditions minimales, à l’égard des personnes privées de leur liberté pour des motifs liés à un conflit armé. Il prévoit, entre autres, que les personnes privées de leur liberté reçoivent le même approvisionnement en besoins élémentaires que la population locale : « Outre les dispositions de l’article 4, les dispositions suivantes seront au minimum respectées à l’égard des personnes privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu’elles soient internées ou détenues : [L]es personnes visées au présent paragraphe recevront dans la même mesure que la population civile locale des vivres et de l’eau potable et bénéficieront de garanties de salubrité et d’hygiène et d’une protection contre les rigueurs du climat et les dangers du conflit armé ». A cet égard, les vivres fournis aux gardiens des personnes privées de liberté peuvent servir d’élément de comparaison afin d’établir si les conditions minimales d’approvisionnement sont respectées (Commentaire du Protocole additionnel II, par. 4573). (párr. 35). Cuando las normas mínimas de trato no pueden ser aseguradas, el poder detenedor “ne peut pas maintenir les personnes privées de libertés en détention à défaut de quoi sa responsabilité pénale pourrait être engagée » (párr. 36). La carga de la prueba de que las condiciones de detención eran suficientemente graves corresponde a la Acusación, así como otras circunstancias, como por ejemplo que una penuria de víveres o de agua potable existía en la región donde estaba el centro de detención y que afectaba en la misma medida a la población civil local de una parte y a los prisioneros de guerra y los detenidos civiles de otra (párr. 37).

c) Definición y elementos constitutivos de crímenes que afectan a bienes

- Destrucción sin motivo de ciudades y pueblos que no se justifican por las exigencias militares. Los elementos constitutivos de esta infracción definida en el artículo 3 b del

Estatuto se cumplen cuando: “i) la destruction de biens est exécutée sur une grande échelle, ii) la destruction n’est pas justifiée par des exigences militaires, et iii) l’auteur a commis cet acte dans l’intention de détruire les biens en question, ou que ces biens ont été détruits par l’effet de son imprudence et du peu de cas qu’il faisait de leur destruction probable (Voir Jugement Kordić, par. 346 ; Jugement Strugar, par. 292) (párr. 39). La sala considera que el carácter *deliberado de la destrucción* existe cuando el autor “a agi avec « conscience et volonté, c’est-à-dire en se représentant son acte et ses résultats et en les voulant» (Commentaire du CICR sur l’article 85 du Protocole additionnel I, par. 3474) ou lorsque celui-ci a agi avec imprudence sans considération de la probabilité de la destruction» (párr. 40). La infracción del artículo 3 b) del Estatuto es similar a la infracción de destrucción de bienes no justificada por necesidades militares y ejecutada a gran escala de forma ilícita y arbitraria del artículo 2 d) del Estatuto, como subraya el caso *Naletilić*, en el cual la Sala de Primera instancia estima que la infracción de destrucción de bienes según el artículo 2 d) del Estatuto existe cuando: «a) les conditions générales d’application de l’article 2 sont réunies ; b) les biens détruits bénéficient d’une protection accordée par les Conventions de Genève ; c) la destruction est exécutée sur une grande échelle ; d) la destruction n’est pas justifiée par des exigences militaires; e) l’auteur a eu l’intention de détruire ces biens ou ces biens ont été détruits du fait de son imprudence» (Jugement Naletilić, par. 577). En definitiva los elementos constitutivos de los crímenes de destrucción de los artículos 2 d) y 3 b) son idénticos (párr. 41). En consecuencia la Sala estima que la destrucción se aplica tanto « aux biens mobiliers ainsi qu’aux biens immobiliers » (Voir Commentaire du CICR sur l’article 147 de la Convention de Genève ; Jugement Brdjanin, par. 586 ; Jugement Blaškić, par. 157.) (párr. 42).

La destrucción a gran escala no necesita conllevar la destrucción de una ciudad o pueblo en su totalidad (Strugar); se ha de apreciar en función de los hechos al caso (Blaskic), de manera que la destrucción de un solo hospital podría ser suficiente para entrar dentro de la noción “a gran escala” (*ibid.*) (párr. 43). La Sala, tomando en cuenta la práctica estatal, considera que “la destruction partielle entre dans le champ d’application de l’article 3 b) du Statut. Par ailleurs, la Chambre est d’avis que, si la condition ayant trait au critère de la grande échelle doit s’apprécier au cas par cas, le plus souvent celle-ci sera remplie lorsque les actes de destruction partielle sont commis de manière extensive » (párr. 44). Pero el artículo 3 b) del Estatuto incluye también la excepción de las necesidades militares. Según la Sala, « la nécessité militaire peut justifier des dommages collatéraux à l’égard des biens civils et constituer une exception aux principes de protection des biens de caractère civil. Se référant notamment aux principes exprimés aux articles 57 et 58 du Protocole additionnel I, la Chambre de première instance dans l’affaire *Kupreškić* a jugé que la protection des civils et des biens de caractère civil, prévue en droit international moderne, peut cesser entièrement, être réduite ou suspendue lorsque la cible d’une attaque militaire comporte des objectifs militaires et que les belligérants ne peuvent éviter les dommages dits collatéraux touchant les civils (Jugement Kupreškić, par. 522). Ces principes font partie du droit international coutumier (*Ibid.*, par. 524) (párr. 45). Tampoco es necesario que la destrucción sea realizada en el marco de una acción militar, sino que basta que esté estrechamente ligada a las hostilidades (párr. 46). La destrucción debe ser *grave* y tal

condición se cumple cuando “constitue une infraction aux règles protégeant des valeurs importantes et entraîne des conséquences graves pour la victime » (Caso Tadic relativo a la competencia, párr. 94); son graves para las víctimas los actos de destrucción a gran escala (Caso Strugar, párr. 231) (párr 47).

En conclusión “l’infraction de destruction sans motif des villes et villages est constituée lorsque des actes de destruction, non justifiés par des exigences militaires ont été commis sur une grande échelle et de manière délibérée. Le critère de grande échelle doit s’apprécier en fonction des cas d’espèce » (párr. 48).

- Pillaje de bienes públicos o privados. El crimen comprende « toutes les formes d’appropriation illégale de biens lors d’un conflit armé qui, en droit international, font naître la responsabilité pénale, y compris les actes traditionnellement décrits comme des actes de “pillage” » (Jugement Celebići, par. 591) et s’étend à la fois aux « actes généralisés et systématiques, de confiscation et d’acquisition de biens en violation des droits des propriétaires et aux actes isolés de vol ou de pillage commis par des individus oeuvrant dans leur propre intérêt » (Jugement Kordić, par. 352) (párr. 49). Tras una análisis detallado de sus elementos, la Sala concluye que la infracción se ha cometido cuando los bienes han sido apropiados de manera ilegal y deliberada. Los bienes deben tener un valor suficientemente importante para conllevar grandes consecuencias para la víctima. La apropiación de bienes a título de botín de guerra, de requisiciones o cuando la apropiación es justificada por un estado de necesidad, constituyen excepciones al principio de protección de bienes públicos y privados” (párr. 56)

- Destrucción o daños deliberados de edificios consagrados a la religión. La Sala se suma a la definición dada por la Sala de Primera instancia en el asunto *Kordić*, según la cual este crimen se comete cuando « l’acte [...] est commis délibérément et l’accusé a l’intention par cet acte de détruire ou d’endommager des édifices consacrés à la religion [...] et qui ne sont pas utilisés à des fins militaires » (Jugement Kordić, par. 361, citant le Jugement Blaškić, par. 185) (párr. 57). Tras un análisis detallado, la Sala concluye que la infracción existe cuando un edificio religioso, que no servía para fines militares, ha sido destruido o dañado de forma deliberada. Los edificios religiosos se benefician de la protección prevista en el artículo 3 d) del Estatuto, independientemente de su pertenencia al patrimonio cultural de los pueblos (párr. 64).

d) La responsabilidad penal del superior jerárquico en el sentido del artículo 7 3) del Estatuto.

Con una gran extensión (párrs. 65-199), se desarrollan los principios jurídicos que rigen la responsabilidad penal del superior jerárquico.

Sobre la *naturaleza* de tal responsabilidad, la Sala suscribe la conclusión de la Sala en el caso Halilovic. Dado que tal responsabilidad es un corolario de su obligación de comportamiento, esta responsabilidad es por lo tanto “une responsabilité pour omission de prévenir ou punir des crimes commis par ses subordonnés. Il s’agit d’une

responsabilité « sui generis » et distincte de celle visée à l'article 7 1) du Statut » . (párr. 75).

En relación a los *elementos* del artículo 7. 3) del Estatuto señala lo siguiente. Debe existir un vínculo o relación de subordinación: la jurisprudencia del Tribunal de forma constante considera que tal vínculo se da “lorsque le supérieur exerce sur les subordonnés un contrôle effectif, autrement dit, lorsqu'il a la capacité matérielle de prévenir ou punir leurs actes » (párr. 77). La Sala de Apelaciones en el caso Celebici señaló que el criterio del control efectivo « s'impose pour les supérieurs tant de droit que de fait » (Arrêt Celebici, par. 196) (párr. 79). Es necesario tal control efectivo, de manera que el “exercice d'un simple pouvoir d'influence sur les subordonnés ne saurait suffire” (párrs. 80-81).

La jurisprudencia del Tribunal ha identificado algunos indicios de la existencia de tal control efectivo, que es fundamentalmente una cuestión de prueba (párr 82): “la position officielle qu'occupait un accusé, « même si l'autorité effective ne peut être déterminée par ce seul critère » (Jugement Kordic et Cerkez, par. 418) ; le pouvoir de donner des ordres et de les faire exécuter; la conduite d'opérations de combat impliquant les forces en question; le pouvoir d'imposer des sanctions disciplinaires; le pouvoir de monter en grade ou de libérer les soldats; et la participation de l'accusé aux négociations concernant les troupes en question» (párr. 83). En relación a la identidad de los subordinados, siguiendo la jurisprudencia *Krnjelac*, la Sala “estime suffisant que le groupe auquel appartiennent les auteurs du crime soit précisé et que ce groupe soit placé sous le contrôle effectif de l'accusé » (párr. 90).

El elemento moral consiste en que el superior conocía o tenía razones para conocer la comisión de las infracciones. El conocimiento efectivo “peut être établie par des moyens de preuve directs ou circonstanciels mais ne peut être présumée » (Celebici, par. 386 ; *Krnjelac*, par. 94, *Kordic y Cerkez*, par. 427; *Bradjanin*, par. 278, *Strugar*, par. 368). La prueba del conocimiento efectivo de un superior militar será más fácil si pertenece a una estructura organizada dotada de un sistema de supervisión y de redes de información eficaces. Al contrario, será más estricta cuando ejerce una autoridad de facto sobre una estructura militar más informal (párr. 94). *La determinación de que “tenía razones para conocer”* se delimita siguiendo jurisprudencia asentada (Celebici), y así un superior puede ser considerado responsable penalmente únicamente “si tenía a su disposición informaciones particulares que le avisaban de las infracciones cometidas por sus subordinados o que estaban a punto de ser cometidas” (párr. 95). Se rechaza el criterio más estricto de “debería haber conocido” (párr. 96). Es suficiente demostrar que el superior “disposait de certaines informations générales, de nature à le mettre en garde contre d'éventuels agissements de ses subordonnés. Ces informations dont disposait le supérieur ne doivent pas nécessairement être telles que, par elles-mêmes, elles suffisent à conclure à l'existence de tels crimes. Elles ne doivent pas non plus contenir de détails précis sur les actes illicites commis ou sur le point de l'être » (Celebici, par. 238, entre otros) (párr. 97). La Sala establece más criterios para delimitar la extensión del conocimiento. Finalmente la Sala analiza con detalle la cuestión de saber si el conocimiento por el superior de una infracción previamente cometida por sus

subordinados es suficiente para advertir que otra infracción está a punto de ser cometida. En este punto, pese a las posiciones de las partes y jurisprudencia anterior, la Sala considera que “la connaissance préalable d’un supérieur doit s’interpréter de manière limitative dans la mesure où elle découle d’une situation de répétition d’agissements criminels similaires et d’un cadre de circonstances telles que ces agissements ne pouvaient survenir de manière isolée, commis par un même groupe identifiable de subordonnés » (párr. 118)

En relación a la omisión obligación de prevenir o castigar que tiene el superior jerárquico que controla a sus subordinados y que conocía o tenía razones para conocer la comisión de las infracciones, la Sala pasa después a examinar el alcance de la adopción de las “*medidas necesarias y razonables*” para prevenir o castigar tales infracciones. Siguiendo jurisprudencia anterior se recuerda que el superior debe tener una “capacidad material” de actuar real, lo que debe apreciarse caso por caso, esto es, se trata de un asunto de prueba (párr. 122-124). Como ha señalado el Tribunal en ocasiones, la obligación de prevenir y la obligación de castigar son dos obligaciones distintas y no excluyentes: el superior está obligada a ambas, apareciendo cada una en momentos distintos (párr 125-127). En ocasiones una obligación puede ser la consecuencia del incumplimiento de la otra: de la falta de prevención, surgirá la obligación de castigo cuando se hayan cometido las infracciones. (párr. 128- 136). Se trata de obligaciones que se basan en el derecho interno que es en éste donde se puede deducir el marco de la competencia atribuida al superior; si bien, es a la luz del derecho internacional como las Salas aprecian el deber de actuar que se deriva de tal competencia (párr. 138). En relación a la *obligación de prevenir* ésta se compone de la adopción de medidas de orden general y de medidas específicas para prevenir un crimen concreto, cuyos elementos define la Sala con detalle en base a jurisprudencia anterior (párr. 145-155). Sobre el deber de prevenir la *repetición de actos similares*, tras analizar jurisprudencia anterior, la Sala concluye que éste “doit être interprété comme s’appliquant à un groupe identifiable de subordonnés, déjà auteur de tels actes par le passé, ce qui équivaut, dans le cas d’espèce, à une brigade déterminée agissant dans une même zone géographique limitée et dans des centres de détention qui ressortaient de l’autorité et du contrôle du même pouvoir directeur. (párr. 169). En relación a la *obligación de castigar*, se trata de una obligación que se responde a la lógica militar que tiene por fin de hacer reinar el orden interno y la disciplina necesarias para el funcionamiento de las fuerzas armadas (párr. 171). La jurisprudencia ha ido estableciendo algunos ejemplos de medidas punitivas que se recuerdan en la sentencia (párr. 173-178). Se trata de un deber que tiene incluso efectos retroactivos con respecto a actos cometidos anteriormente (párr. 179-185).

En último lugar, de los elementos constitutivos de la responsabilidad del superior jerárquico, la Sala analiza en qué medida debe haber un *vínculo de causalidad entre la comisión de las infracciones y la omisión de la obligación de prevenir por el Superior jerárquico*. El problema ha sido tratado en múltiples casos por el Tribunal y tras su análisis la Sala concluye, en primer lugar, que el superior que ejerce un control efectivo sobre sus subordinados, que tiene razones de saber que éstos están a punto de cometer infracciones y que no toma las medidas necesarias y razonables para impedir éstas, es

responsable por razón de que, por un lado, su o misión ha creado o aumentado el riesgo real y razonablemente previsible que estas infracciones serían cometidas, riesgo que él ha aceptado de buen grado y por razón de que, de otro lado, este riesgo es efectivamente materializado en la comisión de tales infracciones. En este sentido el superior ha, de forma sustancial, contribuido a la comisión de estos crímenes. En segundo lugar, la existencia de un vínculo entre la omisión del superior y las infracciones se presume. La Acusación no tiene el deber de aportar la prueba de tal vínculo; corresponde más bien al acusado de refutarlo (párr. 193)

Entre otros aspectos destacables, la sentencia señala que corresponde a la acusación la carga de la prueba de la omisión de adopción de medidas punitivas por el superior jerárquico, tras analizar jurisprudencia anterior del Tribunal (párr. 200-248). Así como la interesante cuestión de la obligatoriedad o no para los Estados según el derecho internacional de reprimir crímenes de guerra con base únicamente en el derecho consuetudinario: la Sala concluye que no existe una tal obligación, exigiendo la práctica de los Estados la tipificación por el derecho penal interno (párr. 249-261)

Tras analizar detalladamente la responsabilidad como superiores jerárquicos de cada acusado (lo que corresponde al grueso de la sentencia), la Sala condena al acusado Hadihasanovic a una pena de prisión de 5 años, por la omisión de su deber de prevenir o castigar únicamente algunos de los crímenes alegados por la acusación (cargo 3, asesinatos; cargo 4, tratos crueles). Y a una pena de dos años y medio al acusado Kubura también por su responsabilidad como superior jerárquico por el cargo 6, actos de pillaje.

A) Tribunal Penal Internacional para Ruanda: noticia de casos

- Sala de Apelaciones

El 8 de febrero de 2006 la Sala hace público que rechaza por unanimidad la apelación del Fiscal y confirma la Sentencia de la Sala de primera instancia de 25 de febrero de 2004 que absolvió a André Ntagerura, Ministro de Transportes y comunicaciones en el Gobierno provisional y a Emmanuel Bagambiki, el *Préfet* de Cyangugu durante el genocidio de 1994 en Rwanda. Los argumentos se encuentran en la sentencia hecha pública el 7 de julio de 2006 (*Le Procureur (Appelant et Intimé) c/ André NTAGERURA (Intimé) Emmanuel BAGAMBIKI (Intimé) Samuel IMANISHIMWE (Appelant et Intimé)*, Sala de Apelaciones, sentencia, 7 de julio de 2006, caso n° ICTR-99-46-A)

- Primera instancia

- *The Prosecutor v. Paul Bisengimana, sentencia, Sala de primera instancia II, 13 de abril de 2006, caso n° ICTR-00-60-T.*

El acusado es condenado a 15 años de prisión por exterminación como crimen contra la humanidad, según el artículo 3 (b) del Estatuto.

Temas clave: Responsabilidad penal por “ayudar y alentar” (aiding and abetting) (art. 6 (1) del Estatuto); Crímenes contra la humanidad (Art. 3 del Estatuto): elementos del crimen); exterminación, asesinato; concurso de delitos, circunstancias agravantes y atenuantes;

- *The Prosecutor v. Joseph Serugendo, sentencia, Sala de primera instancia I, 2 de junio de 2006, caso n° ICTR-2005-84-T*

El acusado es condenado a 6 años de prisión por incitación directa y pública a cometer genocidio y por persecución como crimen contra la humanidad²⁸.

B) Corte Especial para Sierra Leona: noticia de casos pendientes

- Caso n° SCSL-2003-01-I: Charles Taylor, antiguo dictador de Liberia, detenido en Nigeria es trasladado ante la Unidad de Detención de la Corte. El 16 de marzo de 2006, el Juez aprobó el acta de acusación enmendada, reduciendo a 11 cargos. Es acusado de crímenes contra la humanidad, violaciones del artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario. En concreto: actos de terrorismo, asesinatos ilegales (asesinato, atentados a la vida salud, bienestar físico o mental, en particular asesinatos), violencia sexual (violación, esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual, atentados a la dignidad personal), violencia física (violencia contra la vida, la salud, bienestar físico o mental, en particular tratos crueles, y otros actos inhumanos), uso de niños soldados (alistar, reclutar o utilizar niños menores de la edad de 15 años en fuerzas o grupos armados), raptos y trabajo forzoso (esclavitud), saqueo (pillaje).

- Casos n° SCSL-2004-14-T: Continúa el proceso contra los líderes de la antigua Fuerzas de Defensa Civil, Norman, Fofana and Kondewa, acusados de crímenes de guerra y otras violaciones graves de derecho internacional humanitario y crímenes contra la humanidad.

- Casos SCSL-04-15-T: Continúa el proceso contra cinco líderes de la antiguo Frente Unido revolucionario, acusados de cometer crímenes de guerra, otras violaciones graves de derecho internacional humanitario y crímenes contra la humanidad.

- Casos SCSL-04-16-T: Continúa el proceso contra tres líderes de la antiguo Consejo revolucionario de las fuerzas armadas, acusados de cometer crímenes de guerra, otras violaciones graves de derecho internacional humanitario y crímenes contra la humanidad.

3. Aplicación del DIH ante las jurisdicciones internas²⁹

²⁸ Sentencia aún no publicada en el momento de cerrar esta Crónica.

²⁹ La RICR ofrece un Crónica semestral sobre la aplicación por los Estados del DIH, haciendo referencia tanto leyes y medidas internas como a casos planteados ante jurisdicciones nacionales. Acceso electrónico a la revista en:

http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList2/Info_resources:International_Review?OpenDocument

A) España: noticia de casos

Destaca el *Auto de admisión a trámite de la querrela por genocidio en el Caso Tibet*: Rollo de Apelación núm. 196/05, D.P. 237/05, Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Auto de 10 de enero de 2006. Por éste la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional acuerda estimar el recurso de apelación formulado y revocando el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, con fecha 5 de septiembre de 2005, se acuerda la admisión a trámite de la querrela presentada por delito de genocidio.

B) Estados Unidos: caso *Hamdan v. Rumsfeld* ante el Tribunal Supremo

Destaca la Sentencia del Tribunal Supremo *Hamdan v. Rumsfeld* de 29 de junio de 2006, adoptada por 5 votos contra 3, de la que se ofrece una síntesis de los argumentos relativos a la aplicación del Derecho internacional humanitario.

Supreme Court of the United States, no. 05-184 Salim Ahmed Hamdan, Petitioner v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al. on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 29 de June de 2006 (548 u. s. _ (2006))

Hechos y antecedentes judiciales:

Salim Ahmed Hamdan, ciudadano yemení, que servía de chofer y guardaespaldas de Osama Bin Laden, fue capturado en Afganistán en noviembre de 2001 por las fuerzas armadas estadounidenses durante las hostilidades entre EEUU y el Gobierno Talibán. La intervención armada había sido ordenada por el Presidente de EEUU tras la autorización del Congreso (*Authorization for Use of Military Force (AUMF)*, 50 USC 1541, 2000 ed. Supp. III). El 13 de noviembre de 2001 el Presidente emitía una Orden Militar para regular la “detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism” (66 Fed. Reg. 57833). Esta Orden de 13 de noviembre autorizaba al Secretario de Defensa establecer Comisiones Militares para enjuiciar a los individuos sometidos a la misma. Hamdan, que había sido trasladado en junio de 2002 de Afganistán a la prisión americana en la Bahía de Guantánamo (Cuba), fue elegido por el Presidente, en julio de 2003 junto a otros cinco detenidos, para ser procesado por una de tales Comisiones Militares. Un año más tarde fue acusado con el cargo de “conspiración” de “cometer... ofensas enjuiciables por una comisión militar”, *conspiración* que habría iniciado ya en 1996 y habría durado hasta noviembre de 2001. El acusado presentó a continuación una solicitud de *habeas corpus* y *mandamus* ante la *United States District Court of the Western District of Washington*, quien la trasladó al *District Court for the District of Columbia*. Hamdan alegaba que las Comisiones Militares establecidas por el Presidente no tenían autoridad para juzgarlo, principalmente por dos motivos: primero, ni la ley del Congreso ni el *Common law of war* autorizan el enjuiciamiento por tal Comisión Militar del crimen de *conspiración*, ofensa que no es una violación del Derecho de guerra; y segundo, el procedimiento adoptado por el Presidente para enjuiciarlo atenta contra los principios más elementales del derecho militar y del derecho internacional, incluido el principio del derecho del

acusado a *ver y oír las pruebas presentadas en su contra*. Mientras tanto, el *Combatant Status Review Tribunal (CSRT)* decidió que Hamdan debía continuar en Guantánamo por ser “*enemy combatant*”; y paralelamente, se inició el procedimiento contra Hamdan en la Comisión Militar

El 8 de noviembre de 2004, la *District Court* le concedió el *habeas corpus* (344 F. Supp. 2d 152, DC 2004), paralizando los procedimientos de la Comisión. La *District Court* consideró que la autoridad del Presidente de establecer Comisiones Militares se extendía únicamente a ofensas y criminales enjuiciables según el derecho de guerra; que éste comprendía la Tercera Convención de Ginebra, bajo cuya protección se encontraba Hamdan hasta que se designara, en su aplicación, que no era un prisionero de guerra; y que con independencia de tal designación, la Comisión militar establecida para juzgarlo iba en contra del *Uniform Code of Military Justice (UCMJ)*, 10 USC pár. 801 et seq., y del artículo 3 común del Tercer Convenio de Ginebra, porque tenía poder para condenar con base a pruebas que el acusado *nunca vería u oiría*.

Posteriormente en apelación, la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* anuló la sentencia (415 F. 3d 33, 2005)³⁰, decidiendo, pese a la invitación del Gobierno de declinar pronunciarse, que Hamdan no tenía derecho de protección porque los Convenios de Ginebra no eran aplicables judicialmente (“*judicially enforceable*”) y en cualquier caso los Convenios no eran aplicables a Hamdan; además cualquier objeción al establecimiento de Comisiones Militares había quedado fuera de alegación (tras el caso *Ex Parte Quirin*, 317 US 1); y en ningún caso el juicio bajo las Comisiones Militares violaría ni el UCMJ ni las *Armed Forces regulations* que incorporan las Convenciones de Ginebra.

Hamdan recurrió ante el TS, quien el 7 de noviembre de 2005, reconociendo “...that trial by military comision is an extraordinary measure raising important questions about the balance of powers in our constitutional structure (*Ex parte Quirin*, 317 US 1, 19 (1942))”, concedió la petición entrando a decidir si la Comisión Militar creada para juzgar a Hamdan tiene autoridad para hacerlo y si Hamdan puede apoyarse en las Convenciones de Ginebra en tales procedimientos (caso 546 US 2005).

En respuesta a ello, el 29 de junio de 2006 el TS decidía que *la Comisión Militar establecida para juzgar a Hamdan carecía de poder para hacerlo porque “its structure and procedures violate both the UCMJ and the Geneva Conventions”*; Cuatro de los jueces concluían que *la ofensa de conspiración, no era una “offens[e] that by... the law of war may be tried by military commissions”*. Los argumentos se detallan más abajo.

Posiciones de las partes y principales problemas planteados:

Ante las objeciones de Hamdan mencionadas (que la *conspiración para cometer crímenes de guerra* no es un crimen que sea enjuiciable por una Comisión militar según el derecho interno de EEUU y que además éstas no son conformes a este mismo

³⁰ Ver Torroja, H. y Bondía, D., Crónica DIH 2005, *REEI* n° 11, 2005, pp. 28-29. ,

derecho ni al derecho de guerra) el Gobierno argumenta lo siguiente. En primer lugar, alega la incompetencia del TS para conocer del caso, según la *Detainee Treatment Act of 2005 (DTA)*, legislación adoptada por el Congreso el 30 de diciembre de 2005. En segundo lugar, solicita la abstención de pronunciamiento por el Tribunal pues según el caso *Schlesinger v. Councilman (420 US 738 (1975))*, es un asunto de cortesía (*comity*) que los Tribunales federales se abstengan de intervenir en los casos pendientes en los Tribunales militares contra miembros de las fuerzas armadas. En tercer lugar, sobre los problemas de fondo, el Gobierno refuta cada uno de los argumentos de Hamdan que se detallan más abajo.

Concretamente, el tribunal tiene los siguientes problemas jurídicos planteados. De carácter procesal, debe determinar la aplicabilidad y efectividad de la DTA, así como la oportunidad o no de la petición del Gobierno de abstención de pronunciamiento *por cortesía*. De carácter material o de fondo, el principal problema es determinar la legalidad de la Comisión Militar establecida para juzgar a Hamdan por el Presidente. Para ello debe examinar si tal establecimiento está justificado según la Constitución y el derecho, incluido el Derecho de Guerra. A tal fin, *primero* analiza la legalidad con respecto a la *necesidad de su establecimiento y concretamente* si se dan ciertos requisitos: que la Comisión tenga competencia jurisdiccional y, el más importante, que responda su establecimiento a una necesidad militar; en este análisis será clave determinar si la conspiración de cometer crímenes de guerra es un delito enjuiciable por la Comisión. En *segundo* lugar, analiza su legalidad con respecto a *los principios del procedimiento* de la Comisión: esto es, si son conforme al derecho interno estadounidense y conforme al Derecho de guerra.

Resolución por el Tribunal

El Tribunal rechaza la petición de desestimación (*motion to dismiss*), pues de una interpretación legal de la ley alegada (DTA), en base a “*ordinary principles of statutory construction*”, este Tribunal es competente. No puede aplicarse retroactivamente la prohibición establecida en la sección 1005 (e) (1) (“no court ... shall have jurisdiction to hear or consider ... an application for ... habeas corpus filed by ... an alien detained ... at Guantánamo Bay”) a casos pendientes, pues de haberlo considerado así, el Congreso habría incluido la referencia a “any claim whose review is ... pending on” que incluye en la sección 1005 (h) (2). [Parte II].

A continuación niega también la petición de abstención, pues ello no se deriva directamente de la jurisprudencia del caso *Councilman* —en ésta se afirmaba que era una norma de cortesía que los Tribunales federales se abstuvieran generalmente de intervenir en los casos pendientes en los Tribunales militares contra miembros de las fuerzas armadas—. Para el Tribunal tal jurisprudencia no es aplicable en este caso porque las razones que justificaron entonces la abstención no se dan ahora (Hamdan no es un “service member”, y las Comisiones Militares no forman parte de un “integrated system of military courts”). Al contrario, la jurisprudencia del caso *Ex parte Quirin ante* este Tribunal (317 US) refuerza la necesidad de pronunciamiento (por la importancia pública de la cuestión elevada; el deber del Tribunal de preservar las garantías constitucionales

de las libertades civiles; y el interés público por una decisión de este carácter sin retraso. [Parte III].

A partir de aquí el Tribunal analiza las cuestiones de fondo siguientes:

A) Sobre la legalidad de la Comisión Militar para juzgar a Hamdan.

El Tribunal señala que ninguna ley del Congreso ha autorizado el establecimiento de la Comisión Militar en cuestión. En la historia de EEUU ha habido casos anteriores (durante la Guerra Civil, tras la Segunda Guerra Mundial) que ponen de manifiesto que el establecimiento de Comisiones Militares por el Presidente está permitido pese a no estar éstas mencionadas por la Constitución ni por la ley. Se trata de una práctica que es fruto de las *necesidades militares*. Pero para que tales Comisiones Militares sean legales deben ser conformes al Derecho. De las características de los antecedentes, las decisiones judiciales y del análisis del eventual derecho aplicable (artículo 21 del UCMJ, la AUMF y la DTA) se concluye que su establecimiento por el Presidente es conforme a derecho en las *circunstancias justificadas según la Constitución y el Derecho, incluido el Derecho de Guerra*. El Tribunal tiene pues, a continuación, que decidir si el establecimiento de la Comisión Militar para juzgar a Hamdan, está justificada de este modo. *Esto es, si es legal según la Constitución y el derecho*. [Parte IV].

Para responder a ello se observa, en primer lugar, que según el *common law*, tres son los tipos de Comisiones militares. De entre éstas, sólo la utilizada en el caso *Quirin* es apropiada para juzgar a Hamdan³¹. Se trata de una Comisión Militar del Derecho de Guerra, siendo los otros casos las Comisiones que se establecen en territorio enemigo ocupado y bajo la aplicación de la ley marcial. El derecho que rige las *condiciones previas* para el establecimiento de tales Comisiones está identificado doctrinalmente (*Colonel William Winthrop Treatise*) y recogido en el artículo 21 de la UCMJ. En esto están de acuerdo las partes. De esta manera la cuestión es si se cumplen en este caso las *condiciones previas* que aseguren que existe una *necesidad militar* que justifique el uso de este tribunal extraordinario.

De entre las condiciones previas se analiza primero el requisito de que la Comisión Militar debe limitarse a juzgar delitos cometidos en el *teatro de las hostilidades* y durante, no antes ni después, el conflicto en cuestión. Los cargos contra Hamdan no cumplen tales condiciones (pues se refieren a una conspiración iniciada en 1996 que duraría hasta noviembre de 2001, siendo sólo dos los meses tras el 11 de septiembre de 2001; tampoco se alegan actos manifiestos. Pero sobre todo, la ofensa alegada no es enjuiciable por las Comisiones Militares. En primer lugar, porque el Congreso no ha definido la “conspiración” como crimen de guerra, en su potestad de “define and punish...offences against the Law of Nations”. Aún así, el derecho de las Comisiones

³¹ En tal caso se trató de una Comisión que juzgó a varios militares nazis capturados en territorio de EEUU, buscando sabotear su armamento durante la Segunda Guerra Mundial. También en el caso del General Yamashita, el TS sostuvo la legalidad de estas comisiones para juzgar a un mando japonés por su responsabilidad como superior jerárquico por la comisión de atrocidades en Filipinas de tropas bajo su mando.

Militares permite que éstas puedan conocer de ofensas no definidas mediante derecho escrito, pero en estos casos el precedente debe ser claro e no ambiguo (“*plain and unambiguous*”), lo que no es el caso. El Gobierno, al menos, debería demostrar que tal crimen es una crimen de guerra. En realidad, esta ofensa raramente fue, si lo fue, juzgada como tal en EEUU; tampoco aparece en las Convenciones de Ginebra, “the major treaties on the law of war”; el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, rechazó deliberadamente reconocer la “conspiración de cometer crímenes de guerra” como un crimen en sí mismo. El Tribunal Supremo analiza el Derecho internacional y concluye que la conspiración alegada únicamente, esto es, sin la existencia de hechos ilícitos materiales concretos, no está tipificada como crimen (en contra, Juez Thomas). En conclusión, puesto que el cargo de conspiración no entra dentro de la jurisdicción de las Comisiones Militares, la Comisión en cuestión no tiene autoridad para juzgar a Hamdan. Estos defectos ponen además de manifiesto que no se cumple la condición previa más básica para establecer tales Comisiones: *la necesidad militar*. El Tribunal llega incluso a afirmar discretamente que la *conspiración “may well be a crime”, pero no es una ofensa que según el derecho de guerra pueda ser juzgada por una Comisión Militar*. [Parte V (sólo *Justice Stevens, Justice Souter, Justice Ginsburg, Justice Breyer*)].

B) Sobre la legalidad de los principios procesales de la Comisión Militar para juzgar a Hamdan.

A continuación se pasa a examinar la legalidad de la Comisión Militar en atención a sus reglas de procedimiento. Se concluye que la Comisión carece de autoridad para enjuiciar pues su procedimiento viola el *common law* de la Guerra, la UCMJ, las reglas del Derecho Internacional, incluyendo las Convenciones de Ginebra. Se describen las características y principios de procedimiento de las Comisiones (definidas en la *Commission Order n° 1*, enmendadas en agosto de 2005 (VI. A). Para Hamdan la objeción general es que tales procedimientos se desvían de los principios que rigen los tribunales marciales, especialmente destaca que pueda ser condenado en base a *pruebas que no haya visto ni oído*, y que cualquier prueba admitida contra él no necesita cumplir las reglas típicamente aplicables en los procesos penales o los tribunales marciales. El Tribunal, más desarrolladamente, rechaza las objeciones del Gobierno a esta argumentación alegando su falta de fuerza. Acto seguido entra a examinar las objeciones de fondo sobre el procedimiento alegadas por Hamdan [Parte VI. B].

Al respecto, el principio tradicional era el de uniformidad de las reglas de procedimiento aplicadas por los Tribunales marciales y por las Comisiones Militares. Excepción fue la de la Comisión que juzgó al General Yamashita al final de la Segunda Guerra Mundial - quien como Hamdan, presentó una petición de *habeas corpus* ante este Tribunal que le fue negada-. Las reglas de procedimiento y prueba de la Comisión que juzgó a Yamashita se alejaron mucho de las de los Tribunales marciales, pero la mayoría del Tribunal no entró en su análisis por negar a Yamashita el estatuto de persona protegida ni bajo el entonces vigente UCMJ ni bajo la Convención de Ginebra de 1929. En parte teniendo en cuenta esta jurisprudencia, la Convención sobre el trato de los prisioneros de guerra de 1949, extendió, en su artículo 85, la protección a los prisioneros de guerra

juzgados bajo las leyes de la potencia detenedora por hechos cometidos *antes* de su captura. En cualquier caso, este precedente es una excepción al principio de uniformidad; no la regla general.

Con todo, este principio de uniformidad es flexible y puede ser modelado por exigencias *necesarias*. El artículo 36 de la UCMJ establece límites o condiciones en estos casos. Por una parte, prohíbe que las nuevas reglas sean *contrarias o incoherentes* con el UCMJ (art. 36 a)); por otra, permite reglas diferentes a las de los Tribunales marciales, si la uniformidad resulta *impracticable* (art. 36 b)). Los argumentos del Gobierno no son suficientes para demostrar que las reglas de los Tribunales marciales sean *impracticables* en la Comisión militar para juzgar a Hamdan; evidente es ello con respecto al *derecho a estar presente* en el juicio. Deben aplicarse por tanto las reglas de los tribunales marciales, violando la *Commission Order n° 1* el artículo 36 b de la UCMJ.

Los procedimientos también violan las Convenciones de Ginebra. El Tribunal rechaza el argumento de la *Court of Appeals*, relativo a que las Convenciones no son *judicialmente exigibles*. Para el Tribunal, con independencia de la naturaleza de los derechos que confieren a Hamdan (*United States v. Rauscher, 119 US 407*), las Convenciones son indiscutiblemente parte del Derecho de Guerra (*Hamdi, 542 US at 520-521*), y su respeto por las Comisiones militares es base del artículo 21 UCMJ que las reconoce (*vid supra*). También se rechaza el argumento relativo a la inaplicabilidad de las Convenciones de Ginebra a este caso, que consiste en alegar que Al Qaeda, contra quien luchaba EEUU cuando Hamdan fue capturado, no es una parte firmante de la Convención, siendo este conflicto distinto al mantenido contra Afganistán, éste sí Estado firmante. El Tribunal rechaza este argumento interpretando que es aplicable el artículo 3 común de las Convenciones, pues se está ante un “conflicto que no se a de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas partes contratantes”. Para el Tribunal, en contra del *District Court*, el conflicto con Al Qaeda no es internacional. “*That reasoning is erroneus*”, afirma. Considera que conflicto de carácter no internacional en su sentido literal es usado como opuesto a conflicto entre naciones, y ello lo demuestra el artículo 2 común de las Convenciones. El artículo 3 se refiere a conflictos que no comprenden “*clash between nations*” y que tengan lugar en el territorio de una parte contratante. De tal manera que el conflicto entre EEUU y Al Qaeda es un conflicto no internacional, aplicándose el artículo 3 común de las Convenciones. Entre las garantías mínimas exigidas por este artículo se encuentra el derecho a ser juzgado por un “*tribunal legítimamente constituido*”, expresión ésta que no se define. En base a otras fuentes el Tribunal interpreta que ello significa un *tribunal militar ordinario, establecido y organizado de acuerdo con las leyes y procedimientos en vigor en un Estado*. En este país, EEUU, se trata de los tribunales militares establecidos por ley del Congreso. Una Comisión militar puede estar “legítimamente constituida” si *necesidades prácticas* demuestran su necesidad, lo que no se ha demostrado aquí.

Además, el artículo 3 común exige que el Tribunal tenga las “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”, expresión tampoco

definida en las Convenciones. Al menos debe entenderse que comprenden las garantías judiciales reconocidas por el derecho internacional consuetudinario, muchas de las cuales se describen en el artículo 75 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949, adoptado en 1977. Los principios procesales adoptados para juzgar a Hamdan se desvían de los que rigen los Tribunales militares de forma no justificada por *necesidades prácticas evidentes*. Como ya se apuntó más arriba, algunas disposiciones de la Commission Order nº 1, van contra los principios del artículo 75 citado, como que el acusado debe estar presente y tener conocimiento de las pruebas contra él, en ausencia de su consentimiento o conducta negativa. .

En definitiva, el Tribunal asume que los requisitos del artículo 3 común son generales, con el fin de incluir una amplia variedad de sistemas legales, pero son requisitos. La Comisión Militar para juzgar a Hamdan, no los cumple.

Por todas estas razones, en un último párrafo que merece ser leído con detenimiento pues en él parece que implícitamente se asume la política del Ejecutivo en su lucha contra el terrorismo, el Tribunal afirma que “The Executive is bound to comply with the Rule of Law that prevails in this jurisdiction” y revoca la sentencia de la Corte de Apelación.