

**LA CREACIÓN POR LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA:
¿UN FRACASO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA?**

SUMARIO.— I. Introducción.— II. El marco de creación del Tribunal.— III. La base legal para el establecimiento del Tribunal. 3.1. Introducción. 3.2. La vía convencional. 3.3. Una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.— IV. La opción final por una decisión del Consejo de Seguridad. 4.1. La calificación conforme al artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas. 4.2. La medida adoptada conforme al artículo 41 de la Carta: la creación de un Tribunal Penal Internacional.— V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La situación en la antigua Yugoslavia ha dado lugar a una intensa actividad legislativa en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. Dicha actividad ha generado importantes progresos en el ámbito del Derecho Internacional Público. De entre ellos, es de destacar la creación por el Consejo de Seguridad de un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en la ex Yugoslavia.

La base jurídica utilizada para este fin han sido las resoluciones 808 (1993), de 22 de febrero y la 827 (1993), de 25 de mayo. En ellas, el Consejo decidió respectivamente la creación, por un lado, de «un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991»¹, y por otro la adopción del Estatuto de dicho Tribunal².

De entre los múltiples e interesantes aspectos jurídicos y políticos, todos ellos de rigurosa actualidad, este artículo analizará el significado del procedimiento formal de creación del Tribunal. Este no ha estado exento de polémica, ya que la trascendencia de la cuestión y la exigencia de respetar la legalidad internacional produjeron controversias entre los Estados y la doctrina tampoco ha sido unánime al considerar la base jurídica y el instrumento legal utilizados.

II. EL MARCO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL

La primera cuestión que surgió a la hora de decidir la creación del Tribunal fue la de elegir el marco institucional en el que vería la luz. En un principio, los Estados dudaban entre un contexto europeo (CSCE o Consejo de Europa) o un contexto mundial (Naciones Unidas).

Gracias a la iniciativa francesa, fue el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas quien adoptó la resolución creadora de un Tribunal Penal Internacional «ad hoc» para la ex Yugoslavia. Ello no hacía sino reflejar la opinión de los comités de expertos penalistas e internacionalistas de Francia e Italia.

La elección final ha de ser considerada como sumamente acertada teniendo en cuenta las circunstancias concretas que han dado lugar a su nacimiento y sus objetivos. Y ello por un doble motivo. Por una razón de representatividad, en primer término, ya que las Naciones Unidas constituyen la organización más representativa de la comunidad internacional y, por consiguiente, el marco más adecuado para la creación del Tribunal. Y

1 Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, parte dispositiva, párrafo 2.

2 Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, parte dispositiva, párrafo 8.

por una razón de efectividad, en segundo lugar, porque si la CSCE o el Consejo de Europa tenían que actuar por la vía de la concertación interestatal a través de un tratado multilateral, las Naciones Unidas se pueden permitir la creación del Tribunal por vía de autoridad mediante una resolución obligatoria del Consejo de Seguridad.

III. LA BASE LEGAL PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL

3.1. INTRODUCCIÓN

El tema del instrumento creador del tribunal, tratado hasta la saciedad en los documentos preparatorios, fue uno de los más complejos y la casi total unanimidad que se observa a la hora de optar por la vía de una resolución del Consejo de Seguridad, no nos exime de analizar detenidamente esta cuestión.

Su respuesta venía en gran manera determinada por el hecho de que el futuro tribunal habría de conocer exclusivamente de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario acaecidas en el conflicto de la ex Yugoslavia. Es decir, se planteaban condicionantes de carácter *material, espacial y temporal*. Por un lado, como ha quedado dicho, el haz de delitos y crímenes internacionales a enjuiciar iba a quedar desde un principio limitado. Por otro, el futuro tribunal habría de conocer únicamente de aquellos delitos cometidos en el citado conflicto desde una fecha a determinar.

Las opciones reales eran dos: tratado o resolución. Analicemos detenidamente ambas posibilidades.

3.2. LA VÍA CONVENCIONAL

La creación del tribunal mediante la concertación de un tratado internacional celebrado por Estados es una de las hipótesis que se plantean espontáneamente por diversas razones: en primer lugar, porque es el camino que se ha seguido en el caso del principal precedente que se puede verdadera-

mente invocar, el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, para el procedimiento y castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo, que creó el Tribunal de Nuremberg, y, en segundo lugar, porque la creación de jurisdicción se relaciona estrechamente con la soberanía de los Estados. Cabe señalar desde este punto de vista que, en todas las deliberaciones que se han sostenido en el marco de las Naciones Unidas, especialmente en los últimos dos años respecto del tema del establecimiento de una jurisdicción penal internacional con alcance universal, se consideró que la vía normal sería la celebración de un tratado.

A las razones esgrimidas podríamos añadir la de que el uso de la vía convencional se plantea igualmente por una simple razón de legitimidad. Y no es que una resolución del Consejo de Seguridad carezca de ella, sino que indudablemente la prestación del consentimiento por parte del conjunto de Estados que componen la comunidad internacional a un tratado creador del Tribunal le dotaría de un valor sin precedente y, muy probablemente, de una mayor efectividad.

Es no obstante claro que la creación de un tribunal penal especial mediante un tratado entre Estados tropezaría con dificultades tan graves que, casi con toda certeza, se puede considerar que serían impedimentos definitivos:

a) La idea de recurrir a un tratado plantea en primer lugar la cuestión de saber qué Estados podrían o deberían firmar y ratificar el tratado en cuestión. Aparte de la hipótesis irreal de que la creación del tribunal derivaría de una ratificación por la totalidad de los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, la cuestión de los Estados signatarios plantea efectivamente una cuestión tanto filosófica como jurídica, la de saber quién, y en nombre de qué principio, puede recibir u otorgar la competencia de crear un tribunal encargado de enjuiciar crímenes, por odiosos que sean, que han tenido lugar en algunos países, varios de los cuales, posiblemente, se negarían a firmar y ratificar el tratado en cuestión.

b) Cualquiera que sea la ubicación geográfica o el número de Estados a los cuales se reconocería el derecho de crear un tribunal penal internacional, sería poco pragmático esperar que la totalidad de ellos ratificara el acuerdo que supuestamente se concertaría. Sería necesario, por lo tanto, definir el número de Estados cuyo acuerdo sería indispensable, es decir, en términos técnicos, el número de Estados cuya ratificación debería obtenerse para que el tratado entrara en vigor.

c) Por otra parte cabe temer lo prolongado de la negociación internacional y de la conferencia diplomática que debería realizarse antes de llegar a un acuerdo susceptible de abrirse a la firma de los Estados con buenas probabilidades de éxito, en circunstancias que el plazo necesario para su ratificación retrasaría todavía más su entrada en vigor.

d) Finalmente, surge la cuestión de dilucidar si sería necesario que los Estados de la nacionalidad de los acusados o aquellos en cuyo territorio se han perpetrado los crímenes, es decir, las Repúblicas ex yugoslavas, ratificasen el tratado para que el tribunal pudiese funcionar.

Señalemos que, entre los proyectos presentados, sólo el elaborado en el marco CSCE preveía la creación del tribunal por tratado. Sin embargo, el embajador Corell parece haber posteriormente tomado partido por la posición mayoritaria³. Del resumen del informe Corell se deduce que tal tratado contaría con el asentimiento de Croacia y Bosnia-Herzegovina, Estados que solicitaron el apoyo internacional a la creación del tribunal. Así, en el marco de la CSCE y con el consentimiento de estos dos Estados, se podrían salvar parte de las dificultades que la opción de la creación mediante tratado planteaba según los argumentos anteriormente expuestos, ya que al menos dos Estados afectados accederían al establecimiento del tribunal y, por otra parte, como adelantábamos en otro apartado de este artículo, sería innegablemente menos complejo conseguir la ratificación por un amplio número de Estados en el marco de la CSCE que en el de Naciones Unidas.

El informe del Secretario General consagró toda su sección I a esta cuestión. En vista de las desventajas de la vía convencional en este caso en concreto y de la necesidad indicada en la resolución 808 (1993) de que la decisión de establecer un Tribunal se aplicase con eficacia y rapidez, el Secretario General considero que el Tribunal Internacional debía establecerse mediante una decisión adoptada por el Consejo de Seguridad sobre la base del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Esa decisión, como indica el Secretario General en su informe, «sería una medida para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales luego de determinar la existencia de una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un

3 Vid. las observaciones al respecto del embajador Corell en el coloquio sobre «*The United Nations Ad Hoc Tribunal for the Former Yugoslavia*», Proceedings of the Eighty-Seventh Annual Meeting of the American Society of International Law (1993), Vol. 87, p. 27.

acto de agresión». Del mismo modo, continúa, «tendría la ventaja de ser rápido y tener efecto inmediato porque todos los Estados estarían obligados a tomar cualquier medida que fuese necesaria para aplicar una decisión adoptada con arreglo al Capítulo VII para hacer efectivas las decisiones del Consejo⁴. No le falta razón al Secretario General, puesto que las medidas adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta han pasado a ser obligatorias para todos los Estados, miembros o no miembros, de las Naciones Unidas, según los artículos 25, 48, 2.5 y 2.6 de la propia Carta.

3.3. UNA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

Como hemos visto, el camino del acuerdo interestatal parece estar sembrado de dificultades de principio y de obstáculos técnicos. Pero como hemos adelantado, otra solución era concebible: la de las Naciones Unidas. En su informe, el Secretario General considera que el establecimiento del Tribunal Internacional mediante una decisión basada en el Capítulo VII tendría justificación legal tanto respecto del objeto y el propósito de la decisión como de la práctica anterior del Consejo de Seguridad⁵. Y con esta afirmación hemos llegado a una de las cuestiones esenciales de esta ponencia: ¿Constituye el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas una base jurídica suficiente para la creación de un Tribunal Penal Internacional?

IV. LA OPCIÓN FINAL POR UNA DECISIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

El hecho de que el Consejo de Seguridad se decidiese a crear el Tribunal Penal Internacional en cuestión por medio de las Resoluciones 808 (1993) y 827 (1993) supone que de los distintos procedimientos susceptibles de

4 Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 del Consejo de Seguridad, 3 de mayo de 1993, S/25704, párrafos 22 y 23.

5 Cfr. *Ibidem*, párrafo 24.

utilizarse para su establecimiento, se ha elegido no sólo el más simple y rápido sino, al mismo tiempo, el más audaz. Por este motivo resulta de interés valorar el alcance jurídico de dichas resoluciones y tomar posiciones ante las argumentaciones de carácter técnico jurídico que podrían eventualmente suscitar los Estados políticamente interesados en poner en tela de juicio el fundamento jurídico del Tribunal. Desde un punto de vista operativo, tal exigencia ha de traducirse en un estudio particularmente atento de la capacidad del Consejo de Seguridad para adoptar semejante medida.

4.1. LA CALIFICACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 39 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

Si analizamos atentamente las resoluciones que precedieron a la 808 (1993) y la 827 (1993), observaremos que en repetidas ocasiones el Consejo expresa su preocupación y condena los abusos contra la población civil y las violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario en la ex Yugoslavia⁶. De igual manera, se afirmó expresamente que dicha situación constituía una «amenaza a la paz y la seguridad internacionales»⁷. Por medio de la Resolución 808 (1992), en su parte dispositiva, el Consejo de Seguridad determina que la situación en la antigua Yugoslavia, donde manifiestamente se está violando el Derecho Internacional Humanitario, constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales⁸.

Si bien la cuestión del respeto del Derecho Internacional Humanitario, materia que como tal no es objeto de protección en la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad se había ocupado previamente de establecer de forma explícita una obligación en este sentido para los Estados a los que se dirigía⁹, a saber, todos los Estados, miembros o no miembros de las

6 V. Resoluciones 769 (1992), de 7 de agosto de 1992, 770 (1992), de 13 de agosto de 1992, 771 (1992), de 13 de agosto de 1992, 779 (1992) de 5 de octubre de 1992, 780 (1992), de 5 de octubre de 1992 y 787 (1992), de 16 de noviembre de 1992.

7 V. Resoluciones 770 (1992), de 13 de agosto y 787 (1992), de 16 de noviembre.

8 V. Párrafo 7º, Parte preambular, Resolución 808 (1993), de 22 de febrero de 1993.

9 V. Resoluciones 764 (1992), de 13 de julio de 1992, 771 (1993), de 13 de agosto de 1992 y 780 (1992), de 23 de febrero de 1993.

Naciones Unidas, con base en los ya citados artículos 25, 48, 2.5 y 2.6 de la Carta. Recordemos que el Consejo de Seguridad posee la competencia exclusiva en orden a la calificación del supuesto, facultad de calificación absolutamente discrecional e impregnada de consideraciones de tipo político y axiológico. Ahora bien, ello no nos exime de verificar si la determinación por el Consejo de que los crímenes masivos perpetrados en la antigua Yugoslavia constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Según la posición mantenida por COHEN-JONATHAN, la introducción de la fórmula «amenaza contra la paz» en el marco del artículo 39 de la Carta tenía como fin ampliar el campo de aplicación del Consejo de Seguridad¹⁰. Se trataba, en efecto, de un término muy general donde podrían encajarse hipótesis bien diversas. Por tanto, sería sostenible una interpretación teleológica y progresista del artículo 39 que permitiera calificar como «amenaza contra la paz» las masacres cometidas en el conflicto yugoslavo, ya que la exégesis de las disposiciones de la Carta ha de reconducirse, en última instancia, al respeto de la persona humana y de sus derechos y libertades fundamentales. Este habría de ser el criterio que orientase su interpretación y aplicación. Y si bien es cierto que las reiteradas violaciones del Derecho Internacional Humanitario pueden bastar para calificar la situación como de amenaza para la paz y la seguridad internacionales, añadiría que lo que singulariza este conflicto frente a otros en los que la inactividad de Naciones Unidas ha sido flagrante, es que el carácter interétnico de las masacres y sus repercusiones en los países de la zona, constituyen un factor más de desestabilización que sumar a otras circunstancias que hacen de la situación en la antigua Yugoslavia una auténtico «polvorín» en los Balcanes. Por otra parte, no sólo es que técnicamente haya sido correcta en este punto la actuación del Consejo de Seguridad, sino que abre un haz de posibilidades inédito hasta el presente siempre y cuando el Consejo manifieste la voluntad política necesaria para actuar en el sentido manifestado.

10 V. COHEN-JONATHAN, Gérard: «Analyse de l'article 39 de la Charte des Nations Unies», dentro de la obra colectiva dirigida por J. P. COT y A. PELLET, *La Charte des Nations Unies*, 2ª ed. Paris 1991, pp. 654 y 655.

4.2. LA MEDIDA ADOPTADA CONFORME AL ARTÍCULO 41 DE LA CARTA: LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Una vez determinada la existencia de una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales, el Consejo puede decidir, conforme al art. 41, «qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que *podrán* comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas».

El catálogo de medidas que figura en la redacción del artículo 41, según la generalidad de la doctrina, no tiene en absoluto carácter de «*numerus clausus*», sino abierto y ejemplificativo, pudiendo el Consejo de Seguridad adoptar, cuando lo estime necesario, otras medidas no citadas expresamente. Según dicho criterio, la creación de un Tribunal Penal Internacional *podría* considerarse como una de las medidas a adoptar por el Consejo de Seguridad para restablecer la paz y la seguridad internacionales. Como se dice en el proyecto francés «el criterio de una interpretación moderna del artículo 41 esta constituido por el concepto de adecuación con respecto al fin perseguido. En esta perspectiva la creación de un tribunal sería una medida apropiada si, dadas las circunstancias del momento, pareciera susceptible de lograr o de facilitar el logro del objetivo del restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales»¹¹. Por otra parte, el Tribunal ha sido considerado como una obra de justicia y de paz en cuanto creado para poner fin a una situación de impunidad manifiesta e inadmisibles. Y es quizá este extremo el que hace planear sombras sobre nuestra argumentación técnico-jurídica anterior. Hay que tener en cuenta que las acusaciones de la opinión pública de pusilanimidad por parte de la comunidad internacional ante las masacres en la antigua Yugoslavia exigían la adopción inmediata de medidas. Ahora bien, ¿es realmente la creación de un Tribunal para juzgar a aquellos que violen las normas del Derecho Internacional Humanitario una medida adecuada para restablecer la paz y la seguridad internacionales?

11 V. Informe francés, Doc. S/25266, de 10 de febrero de 1993, parágrafo 39.

Considero que, más bien, debiese ser considerada como una medida complementaria en el ámbito de una acción global para poner fin al conflicto en la ex Yugoslavia, pero desde una perspectiva rigurosamente técnica, las medidas para restablecer la paz y la seguridad que no impliquen el uso de la fuerza habrían de ser, en este caso, de otro cariz. El enjuiciamiento de una serie de, llamémosles así, «criminales contra la humanidad», llevará tiempo, si es que algún día se logra someter a alguno a la jurisdicción del Tribunal; criminales que, por otra parte, se encuentran en algunos casos sentados en las mesas de negociación que los representantes de la Unión Europea y la Organización de Naciones Unidas mantienen abiertas. Ante este horizonte, cuando en el mejor de los casos dentro de unos años se lograra condenar a algún oficial tan culpable de crímenes contra la humanidad como perdido en el escalafón, ¿podremos considerar entonces que la creación del Tribunal supuso una medida que contribuyó al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales? ¿Y qué será del Tribunal cuando se alcance la paz entre los contendientes? ¿Habrà de desaparecer ipso facto?

Parece evidente que el nacimiento del Tribunal se ha visto condicionado por una convergencia de factores jurídicos, por una parte, y morales, ejemplificativos y de oportunidad, por otra, los cuales han restado rigor técnico-jurídico a su conformación. Del examen del procedimiento empleado para su creación se intuye que los miembros del Consejo, abrumados por las acusaciones de inactividad ante las atrocidades que se estaban cometiendo, estimaron que la adopción de tal medida, por su repercusión ante la opinión pública, era prioritaria, siendo su fundamentación jurídica un problema a resolver *a posteriori* de la forma lo más aseada posible. Y es que, pienso, se ha forzado excesivamente el alcance del artículo 41 para asentar jurídicamente la creación de un Tribunal en cuya génesis han primado, pese a la opinión en contrario de PELLET¹², consideraciones de oportunidad y de celeridad.

12 V. PELLET. Alain: «Le Tribunal Criminel International pour l'ex-Yougoslavie», R.G.D.I.P., Vol. 94/1, p. 28, parágrafo 19.

V. CONCLUSIÓN

Los sistemas de seguridad colectiva se enfrentan a su prueba cuando se encuentra ante actos de agresión que se cometan violando las normas de la comunidad internacional. La Liga de las Naciones, el primer intento mundial para mantener la paz y la seguridad internacionales, resulto incapaz de enfrentarse a esa clase de desafío y la Organización de Naciones Unidas, por su parte, no desarrollo prácticamente las virtualidades del Capítulo VII de la Carta debido a la división ocurrida en el Consejo de Seguridad entre las grandes potencias durante la era bipolar o de «guerra fría». Como indica el profesor SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, en sede de la aplicación del Capítulo VII durante la Crisis del Golfo, «al margen de los análisis y valoraciones de orden político..., nos hemos encontrado de bruces con problemas jurídicos inadvertidos o inexplorados, y con efectos potenciales insospechados... Hasta el presente era un lugar común la afirmación de que el ordenamiento internacional carecía de mecanismos para sancionar las conductas contrarias, que los delitos internacionales de especial gravedad y los crímenes internacionales, quedaban sin castigo, que la debilidad del ordenamiento en este punto era patente. La actuación del Consejo de Seguridad durante la crisis estudiada sirve para demostrar que las anteriores afirmaciones no eran ciertas»¹³. Sin embargo, a pesar del «renacimiento» del Capítulo VII en estos últimos tiempos, creo que no es este un cajón de sastre en el que todo cabe. Habrá que estar muy atentos a la actividad legislativa del Consejo para dilucidar si se ajusta al espíritu y la letra de las disposiciones de la Carta, lo que nos llevaría, en última instancia, a la espinosa cuestión del control de las actuaciones de dicho Órgano (por no hablar de una eventual reforma de la Carta). Finalmente, considero que, pese a que la creación del Tribunal puede considerarse un paso adelante en el proceso de desarrollo del Derecho Internacional, en el fondo es prueba evidente de un fracaso del sistema de seguridad colectiva en un momento en que parecía renacer de sus cenizas. Fracaso porque de haber funcionado este en su momento,

13 SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio: «Derecho Internacional Público: Problemas Actuales», dentro del capítulo «La acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la invasión de Irak por Kuwait», Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid y Ediciones Beramar, Madrid 1993, pp. 339 y 340.

mediante la adopción de las medidas necesarias para poner fin al terrible conflicto que sigue asolando, no lo olvidemos, parte del territorio de nuestra Europa, la cuestión del anhelado Tribunal Penal Internacional podría haber tenido un nacimiento más acorde con la trascendencia de su futuro devenir.

JUAN BAUTISTA DELGADO CÁNOVAS