

ANÁLISIS DEL CASO TADIC EN LO RELATIVO A LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA QUE SE LE IMPUSO

Ivonne Yenissey ROJAS

Datos generales del proceso de Dusko Tadic

Los temas que se vieron en el proceso fueron los siguientes: competencia, clasificación y fuentes del derecho de los conflictos armados internacionales y no internacionales, infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones de la leyes o usos de la guerra, crímenes de lesa humanidad, prueba testimonial, imputación individual y corporativa, Responsabilidad penal individual.

Hechos: Terminando mayo de 1992 las fuerzas serbias que atacaron a miembros de la población Bosnia musulmana y croata en la municipalidad de Prijedor (Bosnia Herzegovina), procedieron a la confinación de miles de personas en los campos de Omarska, Keraterm y Trnopolje. De acuerdo con la ocasión, Dusko Tadic habría participado hasta diciembre de 1992, en ataques, captura, maltrato y homicidio contra musulmanes y croatas bosnios, tanto dentro como fuera de dichos campos. Prófugo de la justicia, Tadic fue capturado en Munich el 13 de febrero de 1994 por la policía de alemana.

Procedimiento: La resolución de acusación que abre paso al juicio del acusado se presenta inicialmente el 13 de febrero de 1995 y, de acuerdo al Estatuto del TPIY, los cargos que se le imputaban al acusado fueron:

- Doce, por infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, (Artículo 2.- asesinato; tortura o tratamiento inhumano; causar gran sufrimiento o lesiones graves al cuerpo o a la salud)
- Diez, por violaciones de las leyes o usos de la guerra (Artículo 3.- tratamiento cruel, asesinato)
- Doce, por Crímenes de lesa humanidad (Artículo 5.- persecución por motivos políticos, raciales y/o religiosos, asesinato y actos inhumanos)

En su comparecencia inicial, el 26 de abril de 1995 (dos días después de haber sido transferido a La Haya), Tadic se declara “inocente” de todos los actos endilgados. Entre tanto, la Sala de Primera Instancia, el 10 de agosto y, la de Apelación, el 2 de octubre de ese mismo año, deciden de manera desfavorable sobre la excepción prejudicial de incompetencia interpuesta por la defensa. En cuanto al proceso de responsabilidad penal individual (Artículo 7.1), este se desarrolla entre el 7 de mayo

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

y el 28 de noviembre de 1996, es decir, durante 79 días; dando lugar al fallo de culpabilidad por seis de los cargos de crímenes de lesa humanidad (Artículo 5.- persecución por motivos políticos, raciales y/o religiosos, y por actos inhumanos) y por cinco de los cargos de violación de las leyes o usos de la guerra (Artículo 3.- tratamiento cruel) por la Sala de Primera Instancia II, el 7 de mayo de 1997 y, la sentencia de condena de veinte años de prisión, el 14 de julio de 1997.

No obstante, con base en la acusación de otros nueve cargos, el 15 de julio de 1999, la Sala de Apelación declara la responsabilidad adicional de Tadic, por siete de los cargos de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (Artículo 2) y, dos por asesinato, a título de violación de las leyes o usos de la guerra (Artículo 3) y por crímenes de lesa humanidad (Artículo 5), por los que había sido absuelto en primera instancia. Así por designación del Presidente su caso es reenviado a una Sala de Primera Instancia Bis, a efectos de establecer la pena complementaria, en sentencia de condena pronunciada el 11 de noviembre de 1999 y que le determina cumplir 25 años de prisión. Al ser apelada dicha sentencia y, reuniendo a la apelación de ésta, la del 14 de julio de 1997 contra la condena, la Sala de Apelación decide reducir la pena máxima a 20 años de prisión, el 26 de enero de 2000.

Finalmente, el condenado fue transferido a Alemania el 31 de octubre de 2000, donde purga el resto de la sentencia (descontándole el tiempo que estuvo detenido). Aún cuando el 18 de junio de 2001, demandó la revisión integral de su caso y de los procesos en primera instancia y de apelación, en razón del comportamiento fraudulento “ultraje” de su abogado durante el proceso, tal solicitud fue definitivamente rechazada por la Sala de Apelación el 30 de julio de 2002.

Tesis en presencia: Varios argumentos a favor y en contra del acusado fueron confrontados. En cuanto a la jurisdicción del Tribunal Internacional, la defensa alegaba su creación ilícita, la injustificada primacía sobre los tribunales nacionales y su falta de competencia material. En relación con la participación de Tadic en los actos que le fueron imputados, su abogado en ocasiones la alegaba por medio de una defensa de coartada (que no se encontraba en el lugar de los hechos) o la minimizaba, calificando la prueba de insuficiente o dudosa por su falta de especificidad, identificación, corroboración, alteración y confrontación procesal, entre otras, lo que implicaba una desigualdad de armas conducentes a la negación del debido proceso, que junto al error de hecho, lleva a un desvío de la justicia. Adicionalmente, la defensa pretendía demostrar que las víctimas no tenían la calidad de “personas protegidas” según el artículo 2 del Estatuto del TPIY por no tratarse de un conflicto armado internacional y, en relación con los crímenes de lesa humanidad, que éstos no podrían cometerse por motivos puramente personales y que no requerían de una intención discriminante para su configuración.

La fiscalía, por supuesto, contradujo cada uno de estos argumentos y en cuanto a la competencia del Tribunal Internacional, defendió la tesis de su creación conforme al Derecho Internacional y a la Carta de las Naciones Unidas, lo que justifica su

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

primacía frente a los tribunales nacionales, así como su competencia para conocer tanto de actos cometidos en el transcurso de un conflicto armado internacional como interno. También refutaría la defensa de coartada del acusado. Los reproches relativos a la prueba y al derecho aplicable. De hecho, para la acusación, las víctimas si eran personas protegidas de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario y, en relación con los crímenes de lesa humanidad, estos podrían cometerse incluso por puros motivos personales o intención discriminante.

Problemas jurídicos: Como es notorio, se presentaron importantes cuestiones de derecho sustantivo y procesal, desde el establecimiento del Tribunal Internacional, pasando por la validez de las pruebas y el derecho aplicable hasta la responsabilidad penal individual. En efecto, ¿Cómo debe ser interpretado el concepto de “legalidad” en derecho internacional?, ¿tiene competencia el Consejo de Seguridad para crear un Tribunal Internacional que prevalezca sobre las jurisdicciones nacionales?, ¿cuál es el derecho aplicable en caso de conflicto armado interno y cuándo se internacionaliza?, ¿cómo proteger a las víctimas y testigos sin vulnerar el debido proceso y la igualdad de armas en especial?, ¿cómo opera la responsabilidad penal individual en situaciones como las del presente caso? ¿se atiende el principio de proporcionalidad de las penas?

Solución adoptada: Para el Tribunal Internacional no fue fácil resolver esta serie de interrogantes. Antes que nada, se sentó la base jurisprudencial de la competencia y la licitud del Tribunal Internacional, como quiera que las medidas que puede adoptar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en caso de amenaza o ruptura en la paz y seguridad internacionales no son limitadas; son de obligatorio cumplimiento y se superpone a las demás obligaciones de la ONU. Adicionalmente, consideró que el Tribunal era competente para conocer de crímenes cometidos tanto en caso de conflicto armado internacional como interno, sobre el cual, existía además un derecho consuetudinario o de carácter general. A ese propósito, fue incluso controvertida la manera como se hizo el ejercicio de imputación de los hechos ilícitos de una infracción insurgente (milicias croatas o serbias de Bosnia Herzegovina) a una potencia extranjera (República de Croacia y Federal Yugoslava de Serbia y Montenegro) que permitió internacionalizar el conflicto y determinar la responsabilidad penal individual por los crímenes atribuidos a Tadic. En relación con la prueba, se reconoció la posibilidad de restringir el acceso y la confrontación directa de las víctimas o testigos por la defensa por motivos de seguridad; no obstante, acudiendo a medios técnicos para garantizar el debido proceso. Finalmente, se logró un importante avance en la interpretación de los elementos constitutivos de los crímenes de guerra, tanto en conflicto armado internacional como interno, y los crímenes de lesa humanidad, cuya dependencia con un conflicto armado fue eliminada.

Antecedentes personales

Duško Tadić, nació el 1 de octubre de 1955 en Bosnia-Herzegovina autoridad serbiobosnia. El proceso del Tribunal Internacional contra Dusko Tadic, que se

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

desarrolló íntegramente en la sede del Tribunal en La Haya, Países Bajos, se abrió el 12 de octubre de 1994.

Creación del Tribunal Internacional

El Tribunal Internacional fue creado por las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad para la creación del Tribunal Internacional recurre al artículo 39 y 41 de la Carta. Las Resoluciones 808 y 827 hacen referencias explícitas a que la situación en la ex-Yugoslavia constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacional y el Consejo de Seguridad decide la creación del Tribunal como una manera de restablecer la paz y la seguridad internacional.

Es importante mencionar que además de las resoluciones principales citadas, se dieron una serie de informes preliminares y Resoluciones de la Asamblea General y otros sobre la situación en los territorios ex-yugoslavos que de manera directa o indirecta mencionaban la necesidad de establecer un Tribunal, entre las más importantes resoluciones tenemos, la de la Comisión de Derechos Humanos 1992/S-2/1 del 1 de diciembre de 1992, en donde propone al Consejo de Seguridad que tome las medidas efectivas del caso para poner fin a las violaciones de derechos humanos en la ex-Yugoslavia. Asimismo, la Asamblea General, en su Resolución 47/147 de 18 de diciembre de 1992, responsabilizó personalmente a los violadores de derechos humanos e hizo un llamado para que éstos sean juzgados. La Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa hizo lo mismo, el 7 de noviembre de 1991 solicitó una atención especial para los responsables individuales de las violaciones de derechos humanos e hizo un llamado para que se determinaran rápidamente las pruebas necesarias para juzgar a los criminales de guerra. También los negociadores de la ONU, M. Vance y Lord Owen desde el inicio de su gestión fueron de la idea de que era necesario sentar las responsabilidades de los culpables de las violaciones masivas de derecho internacional humanitario.

La competencia del Tribunal internacional para la ex Yugoslavia comprende la facultad para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991, de conformidad con lo dispuesto en su estatuto.

Organización del Tribunal

El Tribunal Penal Internacional estará constituido por: las Salas, que consistirán en dos Salas de Primera Instancia y una Sala de Apelaciones; el Fiscal y una Secretaría, que prestará servicios a las Salas y al Fiscal.

Las Salas estarán integradas por 11 Magistrados, 3 en cada una de las Salas de Primera Instancia y 5 Magistrados en la Sala de Apelaciones.

Al redactarse el Estatuto se previó la creación de una Unidad de Víctimas y Testigos, dadas las características que ya se conocían de los crímenes cometidos en la guerra en la antigua Yugoslavia y de los cuales las víctimas eran en un 90% civiles inocentes. Se organizó la Unidad bajo la dirección y supervisión de la Secretaría y se

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

le encomendó prestar la asistencia necesaria a las víctimas y a los testigos, particularmente en los casos de agresiones y crímenes sexuales de las que han sido víctimas miles de mujeres y muchos hombres en esa guerra. Por múltiples razones no ha funcionado con los objetivos que le asigna el artículo 22 del Estatuto, en el cual por primera vez en un cuerpo de normas internacionales, se incluye el derecho de las víctimas y los testigos a ser protegidos.

Derecho aplicable

El Tribunal Internacional debe respetar el principio de *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ese sentido debe aplicar el derecho internacional humanitario convencional, así como el derecho internacional aplicado en los conflictos armados que está contenido en los siguientes instrumentos internacionales: Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de guerra. La Convención de La Haya (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra de tierra y sus respectivos anexos de 18 de octubre de 1907; la Convención sobre la prevención y la represión del crimen de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945, que se toma para explicar el fundamento legal de la categoría de "crímenes contra la humanidad". Nótese que no hay referencia a los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.

De acuerdo con el artículo 2 del Estatuto del TPIY (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia), "los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable" constituirán "violaciones" (infracciones) graves de los Convenios de Ginebra de 1949:

- a) Homicidio intencional;
- b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud;
- d) Destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria;
- e) Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga;
- f) Privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías;
- g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil;
- h) Toma de civiles como rehenes.

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra están contempladas en el artículo 3º del Estatuto del Tribunal Internacional, y son:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios;

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares;
- c) Los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos;
- d) La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos, u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a estos;
- e) El pillaje de bienes públicos o privados.

El genocidio está contemplado en el artículo 4° del mismo Estatuto y establece que se entenderá cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial;
- d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Finalmente, los crímenes de lesa humanidad están contemplados en el artículo 5° del Estatuto del TPIY, que se hayan cometido contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.

Competencia del Tribunal

Competencia ratione loci: el Tribunal es competente para conocer de los crímenes cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales (Artículos 1 y 8 del Estatuto).

Competencia ratione temporis: admitir la competencia del Tribunal sobre crímenes de guerra imprescriptibles que hubiesen sido cometidos en cualquier tiempo en la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

antigua Yugoslavia, era incompatible con el fundamento jurídico de su creación, el Capítulo VII de la Carta. Esto condujo a escoger una fecha a partir de la cual el Consejo había constatado que las violaciones al Derecho Internacional Humanitario había constituido una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Fue un razonamiento simplista y algo arbitrario (las violaciones al Derecho Internacional Humanitario serían, en todo caso, anteriores a la fecha de su constatación). El Secretario General se fundamentó en los términos de la Resolución 808 (1993) e interpretó que el primero de enero de 1991 era la mejor fecha. Quedó así establecido en el artículo 8 del Estatuto.

Competencia ratione materiae: la competencia ordinaria del Tribunal determina que conocerá únicamente de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario.

Garantías procesales

El procesado goza de la presunción de inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, la proporcionalidad de la pena a la propia culpa; el *non bis in idem*. También goza de todas las garantías procesales propias de los modernos procedimientos penales¹.

Las garantías del imputado y del condenado son el fundamento y complemento de todo catálogo actual de derechos humanos.

Criterios para la imposición de condenas

El Estatuto y las Reglas establecen a continuación las penas que podrán ser impuestas al procesado por la Sala de Primera Instancia.

Regla 101². Penas

- A. Las personas procesadas podrían ser sentenciadas a prisión hasta por el resto de su vida.
- B. En la determinación de las sentencia, la Sala de Primera Instancia tomará en cuenta los factores mencionados en el artículo 24 (2) del Estatuto, así como factores tales como:
 - I. Cualquier circunstancia agravante;
 - II. Cualquier circunstancia mitigante, incluyendo la cooperación sustancial con el Fiscal por la persona procesada antes o después de la condena;
 - III. La práctica general en cuanto a las sentencias de prisión en los Tribunales de la Antigua Yugoslavia;

¹ Clara Szczeranski, *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos-otra clase de delitos*, Fondo de Cultura Económica, Primera edición, Chile, 2004, pp. 21.

² La Regla 101 citada ha sido modificada en la actualidad, se suprimió el inciso C y D, en diciembre de 2000.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- IV. El alcance a que cualquier pena impuesta por una Corte de cualquier Estado sobre la persona procesada por los mismos actos que ya fueron cumplidos. Como los referidos en el artículo 10 (3) del Estatuto.
- C. La Sala de Primera Instancia indicará si múltiples sentencias serán cumplidas consecutivamente o concurrentemente.
- D. La sentencia deberá ser pronunciada en público y en la presencia de la persona procesada, sujeto a la sub-regla 102 (B).
- E. El cumplimiento será reconocido a la persona procesada por el periodo, si lo hubo, durante el cual estuvo detenida, previa a su entrega al Tribunal o previo al juicio o apelación.

La práctica de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia no delimita las fuentes sobre las que la Sala de Primera Instancia podrá basarse en alcanzar su determinación de la sentencia apropiada para el procesado.

Así, la Sala de Primera Instancia podría recurrir a la práctica de sentenciar de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia, exceptuando lo que el Estatuto, el Derecho Internacional, o consideraciones especiales, incluyendo la naturaleza especial y los propósitos que el Tribunal Internacional requieran otra cosa.

El artículo 24 (1) del Estatuto limita al Tribunal Internacional a penas de prisión o confiscación de propiedades/ bienes adquiridos injustamente. Por consiguiente, para crímenes que, en los Tribunales de la Antigua Yugoslavia, recibirían la pena de muerte, el Tribunal Internacional deberá imponer únicamente penas de prisión, pero impondrá una pena máxima de prisión de por vida en su lugar, consistente con la práctica de Estados en los cuales está abolida la pena de muerte y con el compromiso de los Estados de abolir progresivamente la pena de muerte, de acuerdo al Segundo Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dirigido a la abolición de la pena de muerte. De este modo no viola el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Por consiguiente, la práctica de sentenciar de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia a la fecha de la comisión de los delitos por los cuales Dusko Tadic fue encontrado culpable, en las prácticas en vigor a la fecha de la adopción del Estatuto por el Consejo de Seguridad en 25 de mayo de 1993, además de cambiar aquella práctica de sentenciar porque hace necesaria la imposición de penas menos severas consistentes con los estándares internacionalmente reconocidos de derechos humanos, y los efectos del Estatuto y el Derecho Internacional más generalmente, han sido considerados.

Respecto a la práctica de sentenciar de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia, el artículo 41 (1) del Código Penal de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (ex Yugoslavia) –RSFY- establece varios factores que deberán ser tomados en cuenta en la determinación de sentencia:

El Tribunal ponderará la pena que será impuesta al perpetrador de un crimen dentro de los límites legales del castigo para dicho delito, teniendo en mente el propósito de la pena y tomando en consideración todas las circunstancias que

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

influyeron a la gravedad de la pena y particularmente el grado de responsabilidad criminal; motivos para la comisión del delito; la intensidad de la amenaza o daño al objeto protegido; circunstancia de la comisión del delito; la vida pasada del perpetrador (procesado); las circunstancias personales del procesado y su conducta después de la comisión del delito; además de otras circunstancias referentes al procesado.

Los artículos 42 y 43 también abordan y limitan las instancias en las que la mitigación especial de las penas que podrán aplicarse. Más allá del Código Penal de la RSFY, de acuerdo con el artículo 24 (2) del Estatuto, la Sala de Primera Instancia, debe igualmente tomar en cuenta “factores semejantes a la gravedad del delito y las circunstancias individuales del procesado”. Por consiguiente, la Sala de Primera Instancia tendrá en cuenta las reglas anteriores del Código Penal de la RSFY para determinar la sentencia de Dusko Tadic, junto con otros asuntos de mitigación y agravantes, usados en los Tribunales alrededor del mundo, como ha sido considerado apropiado por la Sala de Primera Instancia, así como las circunstancias individuales de Dusko Tadic.

La Sala de Primera Instancia también consideró penas impuestas por crímenes contra la humanidad por otros Tribunales Internacionales y Tribunales Militares Nacionales y sobre leyes nacionales. Todo esto se reflejó en las sentencias impuestas.

Establecimiento de la responsabilidad penal individual³

De acuerdo con el derecho internacional, el origen de la responsabilidad internacional se basa en la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el cual se compone de un elemento subjetivo, la imputación a un sujeto de derecho internacional y, de otro, objetivo, a saber, la violación de una obligación exigible al primero.

Si se quiere atribuir un hecho internacionalmente ilícito es necesario que el sujeto imputado cuente con una cierta capacidad criminal en el mismo ámbito. Esto lo puede lograr, *motu proprio* (como particular), o al actuar como agente de *facto* de una entidad que goza de subjetividad internacional, por ejemplo, el Estado. En el caso que nos ocupa, la Sala de Primera Instancia remota en detalle el contexto inherente al conflicto, desde el punto de vista histórico, geográfico, administrativo y estratégico; desde lo general, el proceso de desintegración de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (ex Yugoslavia) y, hasta lo más particular, la situación en el opstina (distrito) de Prijedor, lugar en que ocurrieron los hechos imputados al acusado.

Las reglas internacionales no siempre requieren el mismo grado de control sobre grupos armados o particulares para el propósito de determinar si un individuo que no tiene el estatus de funcionario estatal en concordancia con la legislación interna

³ Rafael A. Prieto Sanjuán, *Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, Universidad Javeriana, Primera edición, Colombia, 2005, pp. 187.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

puede ser considerado como órgano estatal de *facto*. La extensión del requisito de control estatal varía. El control requerido por el derecho internacional debe considerarse como existente cuando un Estado (o, en el contexto de un conflicto armado, la parte del conflicto) tiene un papel de organización, coordinación y planeación de las acciones militares del grupo militar, adicional a la financiación, entrenamiento y equipamiento o provisión de soporte operacional al grupo. Los actos realizados por el grupo o miembros de éste, deben ser considerados como agentes de *facto* de un órgano estatal sin importar cualquier instrucción específica, concerniente a la comisión de dichos actos por parte del Estado controlante.

El derecho internacional no requiere que los actos particulares en cuestión sean objeto de instrucciones específicas o directivas por parte de un Estado extranjero a ciertas fuerzas armadas, para que estas fuerzas sean entendidas como órganos estatales de *facto*.

Las expresiones capacidad, subjetividad y personalidad, son empleadas para referirse al titular de derechos y obligaciones en un determinado ordenamiento jurídico; virtudes que tradicionalmente han podido reivindicar los Estados y las organizaciones intergubernamentales en el derecho internacional. Sin embargo, en relación con el individuo, aún se debate en torno a su subjetividad internacional, desde la óptica de su capacidad sustancial (titularidad de derechos), o procesal (aptitud para reivindicarlos) y de su capacidad para responder penalmente ante instancias internacionales.

Los procesos y condenas pronunciadas por el TPIY permiten confirmar el principio de la responsabilidad penal individual reconocido por los juicios de Nuremberg y Tokio, así como por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Una es la responsabilidad penal del individuo, como particular o como funcionario del Estado y, otra, la responsabilidad del Estado como entidad colectiva o, eventualmente, la de un grupo irregular.

El TPIY se ocupa de la responsabilidad penal individual y no de los Estados, Repúblicas autoproclamadas, milicias armadas o grupos paramilitares, aunque haya tenido que profundizar en la responsabilidad estatal y en la imputación en particular para establecer la existencia de las infracciones graves que comúnmente se comenten en el transcurso de conflictos armados internacionales.

Para que se establezca y gradúe el nivel de responsabilidad, el Tribunal debe determinar la intencionalidad y el grado de participación.

En este caso, de Tadic, se constató una condición de intención, que comprende la conciencia del acto de participación unida a una decisión deliberada de participar en planear, instigar, ordenar, cometer o de otra manera, apoyar o inducir la comisión de un crimen.

La sala de Primera Instancia concluye que la ayuda y el apoyo comprende todos los actos de asistencia, sean palabras o actos materiales, que estimulen o presten sustento, siempre y cuando esté presente la intención. La sola presencia no basta, si

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

se presenta de manera ignorante o involuntaria. Sin embargo, si puede demostrarse o deducirse, por los elementos de prueba indirecta u otros, que la presencia tuvo lugar con conocimiento de causa y tiene un efecto directo y sustancial en la comisión del acto ilegal, es suficiente entonces fundar una conclusión de participación e imputar la culpabilidad criminal que la acompaña.

Para la configuración de un hecho internacionalmente ilícito, éste no solamente debe ser imputable a un sujeto con capacidad sustantiva y adjetiva en el plano internacional, sino que el acto imputado debe, efectivamente, constituir la violación de una obligación jurídica del mismo carácter, es decir, internacional.

El Derecho Internacional Humanitario, como rama del derecho internacional público aplicable a los conflictos armados, comprende un derecho sancionatorio que exige la demostración de la transgresión de una obligación internacional en vigencia, sin importar su origen, convencional (fundado en un tratado) o consuetudinario (basado en una costumbre internacional).

a) Infracciones graves y violaciones de las leyes o usos de la guerra

En la tercera parte del fallo de primera instancia (del 14 de julio de 1997) encontramos una larga reflexión dedicada al examen de cada uno de los cargos presentados en la Resolución de acusación, de los hechos invocados por la Fiscalía, el posible papel o participación del acusado, los elementos de prueba y las conclusiones fácticas de la Sala.

En relación con las infracciones graves (Art. 2° del Estatuto del TPIY) y, después de establecer las condiciones generales de la existencia del conflicto armado y la comisión de los actos imputados en el contexto de aquel, la Sala de Primera Instancia procedería a examinar el carácter consuetudinario de este artículo, así como el concepto de “personas protegidas”, clave en la definición de las infracciones graves.

Las víctimas de los actos cometidos por los serbios de Bosnia quedaría sin la protección que les podría brindar los Convenios de Ginebra, en especial el IV, que “protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.

De acuerdo con la Sala de Apelación del TPIY, la relación de *facto* entre el ejército bosnio serbio y la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) quedó demostrada, y esto permite internacionalizar el conflicto, caracterizando ciertas infracciones como graves, pues las víctimas serían consideradas como personas protegidas en el sentido de la IV Convención de Ginebra.

b) Crímenes de lesa humanidad

No se requiere nexo alguno entre los crímenes de lesa humanidad y un conflicto armado según el derecho internacional consuetudinario; lo que cuenta es el ataque general o sistemático contra la población civil.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El sentido de población civil es importante para la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, pues es claro que la población amenazada debe ser de naturaleza predominantemente civil.

Si el autor tenía conocimiento actual o práctico que sus actos se estaban cometiendo de manera sistemática o generalizada, y no cometió su acto por razones personales sin estar relacionado con los ataques sobre la población civil, eso basta para tenerlo como responsable de los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, el autor debe saber que hay un ataque contra la población civil y que sus actos son conformes a la agresión, así como que los actos no se cometieron por motivos personales sin relación con el conflicto armado. La Sala de Apelación corrigió la infortunada equiparación entre “ataque a la población civil” y “conflicto armado”. Estos dos conceptos no pueden ser idénticos, porque entonces los crímenes de lesa humanidad, por definición, siempre tendrían lugar en un conflicto armado, mientras que según el derecho internacional consuetudinario esos crímenes también pueden ser cometidos en tiempos de paz.

El acto tiene que estar íntimamente relacionado al ataque a la población civil, esto es, debe encajar de manera precisa en el contexto de persecución de un grupo particular, y seguir estando no relacionado con el conflicto armado. Sería erróneo concluir en estas circunstancias que, desde que el acto no esté relacionado con el conflicto armado, se comete por razones puramente personales. Lo opuesto, también es cierto; si el acto, fue llevado a cabo por simples motivaciones personales, no implica que deba faltar de manera inevitable el nexos requerido con el ataque a una población civil.

Las condiciones de contexto general social y particularmente militar son circunstancias que interfirieren y condicionan el intelecto del ofensor material, su saber y su querer, su libertad de opción y su efectiva posibilidad de comportarse de otro modo, su información para evaluar críticamente lo que estaba sucediendo. Ello nos lleva a tratar de entender ante los crímenes de lesa humanidad en un contexto histórico específico, qué pasó, por qué pasó, qué pensaron quienes entonces actuaron y cómo motivaron sus conductas. Sin estas consideraciones no se podrá evaluar debidamente el dolo ni la culpabilidad del agente, con sus respectivos marcos motivacionales. La distinta gravedad de la culpabilidad de cada uno debe ser, también en estos crímenes, como lo exige el derecho, la única medida de la pena que a cada cual corresponda. Los paradigmas actuales en materia de responsabilidad penal obligan a considerar, antes de reprochar una conducta al sujeto activo de un delito, el grado de comprensión que tenía al momento de los hechos y la libertad de que dispuso para optar por una conducta ajustada a derecho. La naturaleza y la magnitud de la pena deben ser proporcionales a la culpabilidad de los responsables, deben responder a la medida de dicha culpabilidad. Las penas deben tener un sentido que obedezca a la realidad socio-cultural. La pena es un medio para asegurar el cumplimiento de las normas requeridas por el Estado. Las penas que rigen al Estado liberal y democrático deben tener las siguientes características: prevención

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

solo especial e individualizada al máximo posible, legalidad estricta, **proporcionalidad** y adecuación a los fines del bien común, que también son elementos indispensables en la búsqueda de la resocialización y la reinserción de los sujetos condenados. No hay que pasar por alto que ningún daño inferido al autor de un delito puede disminuir el dolor de las víctimas ni reparar el mal causado; sólo contribuye a disminuir irracionalmente la ira manteniendo latente el conflicto de fondo y criminalizando la reacción del Estado.⁴

El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es una suma de los principios de legalidad y de retributividad y tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.⁵

El vocablo alemán para “proporcionalidad” equivale literalmente a “moderación” de una relación, o sea al estado o cualidad de una relación en un punto medio, moderado; en todo caso implica la interacción “adecuada” a la medida entre dos objetos.⁶

En el caso de Duško Tadić, las condenas impuestas fueron apegadas con el sentido del contenido del principio de proporcionalidad. La primera sentencia que se le impuso el 14 de julio de 1997, se le encontró culpable de los cargos imputados por tratos inhumanos como un crimen contra la humanidad; por tratos crueles como una violación a las leyes o costumbres de guerra; por varios actos de persecución como un crimen contra la humanidad, incluyendo asesinato.

Resumen de las decisiones relevantes en el caso Tadić

TPIY, caso IT-94-1

Duško Tadić (“Prijetor”)

Resolución de acusación: Inicial, 13 de febrero de 1995. Última modificación: 14 de diciembre de 1995

Proceso: 7 de mayo al 28 de noviembre de 1996

Fallo de la Sala de Primera Instancia: 7 de mayo de 1997

Sentencia de condena: 14 de julio de 1997 (20 años de prisión)

Fallo de la Sala de Apelación: 15 de julio de 1999

Sentencia de condena adicional: 11 de noviembre de 1999 (25 años de prisión) en primera instancia

Sentencia de condena en Apelación: 26 de enero de 2000 (20 años de prisión)

⁴ Clara Szczaranski, *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos-otra clase de delitos-*, Fondo de Cultura Económica, Primera edición, Chile, 2004, pp. 154, 155, 281, 382-384.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Octava edición, Madrid, 2006, pp. 396.

⁶ Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, IJ-UNAM, Primera edición, México, 2007, pp. 38.