



## **La histórica sentencia de condena a *Radovan Karadžić* ante el Tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia: perfiles del principio de legalidad**

*Davide Resta. Universidad de Granada*

### **Sumario:**

#### *ABSTRACT*

1. Introducción
2. Análisis del Contexto Histórico y de los Planes Criminales enjuiciados antes el TPIY.
  - 2.1. Contexto histórico
  - 2.2. El Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia
  - 2.3. Las once acusaciones y los cuatro planes criminales
    - 2.3.1. El plan criminal dominante
    - 2.3.2. El plan criminal de Sarajevo
    - 2.3.3. La toma como rehenes del personal para el mantenimiento de la paz
    - 2.3.4. El plan criminal de Srebrenica
  - 2.4. La condena
3. La sentencia *Karadžić* y los perfiles de legalidad
  - 3.1. Notas introductorias sobre el principio de legalidad
  - 3.2. El *nullum crimen sine lege* y el art. 3 del Estatuto del TPIY
  - 3.3. El *nulla poena sine lege* y el Estatuto del TPIY
4. Conclusiones



### **Abstract**

*This paper deals with a commentary of a recent sentence published on the 24 of March 2016, dictated by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia against Radovan Karadžić, President of the Republic of Bosnia and Herzegovina from July 1990 to July 1996. This indictment creates special problems of compatibility with the principle of legality, according to its initial definitions of Beccaria y Feuerbach, especially referring to its corollary of the doctrine of the strict taxativity, as expressed by the mandatory of *lex certa and stricta* principles.*

*The following issues will be discussed: firstly, an introduction of the historical background in which were committed those international crimes that brought to life to the condem of Karadžić; secondly, the analysis of the TPIY competences established to punish the authors of war, genocide, and against humanity crimes; thirdly, the analysis of Criminal Joint Enterprises by which the Persecutor formulated the charges; finally, it exalts the importance of the principle of legality, representing the most important juridical dogma of the Rule of Law, that, according to what is established by the Statute of the TPIY and refering to the sentence in exam, seems to be violated.*

### **1. Introducción**

La sentencia objeto de análisis en este trabajo es la dictada el 24 de marzo de 2016 por el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia – actualmente en fase de apelación – que condenó a Radovan Karadžić<sup>1</sup>, Presidente de la Republica de Bosnia y Herzegovina desde julio de 1990 hasta julio de 1996, a 40 años de cárcel por ser culpable de diez acusaciones sobre once. El contenido de esta sentencia plantea problemas de compatibilidad con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, fundamental en el Estado de Derecho, de acuerdo con las iniciales definiciones de Feuerbach y Beccaria, ya que protege a los ciudadanos del uso arbitrario del poder represivo estatal al permitir conocer anticipadamente lo que está prohibido por el ordenamiento jurídico y las penas que se aplican en caso de vulneración de esas prohibiciones<sup>2</sup>.

Más en concreto, a la hora del análisis de la mencionada sentencia en cuanto a su conformidad con el Estatuto del TPIY en su conjunto, no se entiende bien como puede conciliarse el famoso principio de legalidad, en su vertiente de la tipicidad, con el art. 3 del Estatuto – dedicado a las violaciones de las leyes o usos de guerra, es decir, los crímenes de guerra – cuyo primer inciso, antes de enumerar los crímenes competencia del Tribunal, termina con la cláusula abierta: “sin que la lista sea exhaustiva”, la cual

---

<sup>1</sup> *Fiscal vs Radovan Karadžić*, Versión Publica Redactada, Sala de Primera Instancia, IT-95-5/18-T, 24 de marzo de 2016, en: [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf).

<sup>2</sup> CATENACCI, “Nullum crimen sine lege”, en LATTANZI (Eds.), *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998, pp. 159 y ss.



demuestra una gran falta de determinación, contrariamente a aquello auspiciado por el principio de legalidad y en particular por su vertiente o corolario de *lex certa*: la taxatividad, certeza o determinación de las normas. Además, la fundamentación en el derecho consuetudinario de normas de derecho penal internacional plantea especiales problemas por lo que, en principio, el *nullum crimen, nulla pena sine lege* excluye la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional<sup>3</sup>.

Además, con respecto al sistema de penas y en cuanto a la regla del *nulla poena sine lege*, el Estatuto del TPIY no parece ofrecer un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales con penas mínimas y máximas sino que se destaca por la generalidad y ambigüedad y por atentar a la precisión y determinación corolario indispensable del principio de legalidad<sup>4</sup>.

A continuación, vamos, en primer lugar, a resaltar el contexto histórico en el que se cumplieron esos crímenes internacionales; seguidamente vamos a describir las competencias del TPIY, encargado de perseguir a los autores de los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad; en tercer lugar, vamos a analizar los hechos enmarcados en distintos planes criminales por los que la Fiscalía formuló los cargos, es decir, las acusaciones que llevaron al enjuiciamiento y condena de Karadžić; por último, después de una introducción sobre el principio de legalidad, vamos a averiguar si el mismo principio resulta violado según lo establecido por el Estatuto del Tribunal y lo dictado por la sentencia.

## ***2. Análisis del contexto Histórico y de los planes criminales que han llevado al enjuiciamiento y condena delante del TPIY***

### ***2.1. Contexto histórico***

Como es sabido, la guerra en Bosnia y Herzegovina se desarrolló entre el 6 de abril de 1992 y el 14 de diciembre de 1995 hasta la estipulación del acuerdo de Dayton que puso oficialmente fin a dicho conflicto armado que, considerado como parte de las guerras yugoslavas que tuvieron lugar entre 1991 y 1995 poco antes de la disolución de la Republica Socialista Federal de Yugoslavia, constituye uno de los mayores ejemplos de perpetración de graves crímenes internacionales. Bosnia y Herzegovina ha sido históricamente considerada como un estado multiétnico ya que su población, según el censo de 1991, contaba con un 44% de población bosniaca (musulmanes), un 32,5% de

---

<sup>3</sup> SCHABAS W. A., “Principios generales del Derecho penal”, en AMBOS K. y GUERRERO O. (Compiladores), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, p. 284.

<sup>4</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ R., *El principio de legalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 39; VILLAVERDE MENÉNDEZ I., “Principio de taxatividad. Una reflexión jurisprudencial”, en PÉREZ MANZANO M., LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (Eds.), MÍNGUEZ ROSIQUE M. (COORD.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 320.



serbios, un 17% de croatas y un 6% de otros yugoslavos que se vieron implicados en dicha guerra<sup>5</sup>.

Vamos, entonces, a introducir, en primer lugar, la carrera política de Radovan Karadžić – estrictamente conectada al triste *excursus* histórico de ese país – quien en 1989 fue cofundador del Partido Democrático serbio en Bosnia-Herzegovina y uno de los mayores inspiradores de la creación de la Gran Serbia a través de la recolección de la mayoría de personas serbias de los países circundantes y a través del apoyo de los países ortodoxos como Rusia y Grecia.

En cuanto líder de su partido, apoyó la creación de las "Provincias Autónomas de Serbia" (SAOs) en Bosnia y estableció una asamblea para su representación mientras que, tras el [referéndum](#) de noviembre de 1991, la mayoría de los serbios de Bosnia votaban para la permanencia en un estado común con Serbia y Montenegro. El 9 de enero de 1992 fue proclamada la República Serbia de Bosnia y Herzegovina y el siguiente 28 de febrero se anexionaron del estado federal de Yugoslavia los territorios autónomos serbios, los municipios y las entidades étnicas serbias. El siguiente referéndum sobre la independencia de Bosnia y Herzegovina de Yugoslavia (29 de febrero y de 1 de marzo de 1992) obtuvo como resultado – a pesar del boicoteo de los serbobosnios y de que los bosníacos y los bosnio-croatas representaban el 64% del total del electorado – el 98% a favor de la independencia. El 6 de abril de 1992 N.U. reconoció la República de Bosnia y Herzegovina como estado independiente y Karadžić empezó a asumir el cargo de primer presidente de los serbios de Bosnia en la administración de Pale el 12 de mayo de 1992, tras el colapso de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, adquiriendo al mismo tiempo el mando del ejército en tiempos de guerra así como también de paz. Karadžić, Comandante Supremo del Ejército de la República Serbia y al mismo tiempo Presidente del Consejo de Seguridad Nacional de la República Serbia, fue acusado de ser responsable a nivel personal y de mando de numerosos crímenes de guerra contra personas no serbias, de las masacres y asesinatos a lo largo de Bosnia, de la expulsión de sus hogares o de la toma como prisioneros en campos de concentración de miles de personas, de ordenar la masacre de Srebrenica en 1995, de dirigir a las fuerzas serbobosnias y crear una "situación insoportable de inseguridad total sin esperanza de vida futura", de ordenar el secuestro del personal de N.U. encargado del de mantener la paz internacional entre mayo y junio de 1995 y de haber ordenado la limpieza étnica y el genocidio de bosnios musulmanes y croatas<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> MATJAŽ KLEMENČIČ E MITJA ŽAGAR, *The former Yugoslavia's Diverse Peoples: A Reference Sourcebook*, Barbara, California, ABC-CLIO, ISBN 1-57607-294-02004, p. 311.

<sup>6</sup> CALVETTI G., SCOVAZZI T., *Il tribunale per la ex-Yugoslavia: l'attività svolta ed il suo prossimo scioglimento*, Giuffrè, Milano, 2007; ROSSETTI M., *La Grande Serbia di Radovan Karadzic*, La Lanterna, 2015.



## 2.2. *El Tribunal Penal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia*

Como es sabido, el Consejo de Seguridad de N U., en virtud de lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las N. U.<sup>7</sup>, estableció el TPIY, con sede en La Haya, para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de enero de 1991<sup>8</sup> y, por lo tanto, dicho tribunal, tiene competencia para enjuiciar a los autores de los crímenes enumerados en los artículos 2, 3, 4 y 5<sup>9</sup> del Estatuto del mismo tribunal. Además de estas competencias *ratione materiae*, el mismo Tribunal tiene competencia *ratione personae* sólo sobre las personas físicas, excluyéndose su competencia con respecto a los crímenes realizados por las personas jurídicas, las asociaciones<sup>10</sup> y por los Estados que, sin embargo, tienen el deber de colaborar con los Tribunales internacionales en las investigaciones y en la ejecución, sin retraso, de las solicitud de asistencia o de las órdenes de los órganos de primera instancia de tales Tribunales.

---

<sup>7</sup> Véase, sobre el TPIY, CARELLA G., cit., p. 476 ss.; CONFORTI B., *Le Nazioni Unite*, Padova, 1994, p. 187 ss.; BERNARDINI A., *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia: considerazioni giuridiche*, en *Dir. Uomo*, 1993, p. 15 ss.; PICONE P., *Sul fondamento giuridico del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, en *La Comunità Internazionale*, 1996, I, pp. 3-24; CONDORELLI L., “Dai Tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente”, en LATTANZI F. y SCISO E., cit., p. 47 ss.; NASCIMBENE B., “L’individuo e la tutela internazionale dei diritti umani”, en CARBONE S.M., LUZZATTO R. (Eds.), *Istituzioni di diritto Internazionale*, A. Santa Maria, Torino, 2003, p. 365; PALCHETTI P., “Il potere del Consiglio di Sicurezza di istituire tribunali penali internazionali”, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1996, vol. LXXIX, fasc. 2, pp. 413-439; DAVID E., “Le Tribunal International Pénal pour l’Ex-Yougoslavie”, en *RBDI*, vol. XXV, 1992, pp. 565-598; PELLET A., “Le Tribunal criminel international pour l’ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, en *Revue Générale de droit international public*, 1994, pp. 7-60; QUEL LÓPEZ F. J., “Los Efectos de la Creación del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia en el Orden Interno Español”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen XLVI, 1994, p. 61; QUEL LOPEZ, F. J., “La competencia material de los tribunales penales internacionales: Consideraciones sobre los crímenes tipificados”, en QUEL LOPEZ, F.J. (Ed.): “Creación de una jurisdicción penal internacional”. Colección Escuela Diplomática, N° 4. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. BOE, Madrid, 2000, pp. 79-104; MERON T., “War Crimes in Yugoslavia and the development of international law”, en *AJIL*, 1994, n. 1, pp. 78-87; O’BRIEN J. C., “The International Tribunal for violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia”, en *AJIL*, 1993, n. 4, pp. 639-659; SCHABAS, W., *Perserve Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice and the Ad hoc Tribunals*, 11 (3) *EJIL* 521, 2000, pp. 521-539; SHRAGA D., ZACKLIN R., “The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, en 5 *EJIL (European Journal of International Law)*, 1994, pp. 360- 380.

<sup>8</sup> U.N. Doc. S/RES/808 de 22 de febrero de 1993 en RDI 1993, Vol. LXXVI, p. 288; U. N. Doc. S/RES/827 de 25 de mayo de 1993 en RDI 1993, Vol. LXXVI, p. 516 y ss.. El art. 8 del Estatuto, de hecho, establece el alcance de la jurisdicción de dicho Tribunal: “La jurisdicción temporal del Tribunal Internacional abarcará un período que comienza el 1 de enero de 1991”.

<sup>9</sup> Artt. 2-5 del Estatuto del TPIY, de 25 de mayo de 1993, en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>.

<sup>10</sup> Dicha persecución, en vez, estaba ordenada por los art. 9 y 10 del Estatuto del Tribunal de Núremberg y por el art. 5 del Estatuto del Tribunal de Tokio. Véase SHRAGA -ZACKLIN, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, op. cit., pp. 360 y ss.



### **2.3. Las once acusaciones y los cuatro planes criminales**

Karadžić fue enjuiciado por el TPIY por las siguientes once acusaciones<sup>11</sup>:

- Dos cargos de genocidio (art. 4): genocidio<sup>12</sup> y complicidad en el genocidio<sup>13</sup>.
- Cinco cargos de crímenes contra la humanidad (art. 5): persecución por motivos políticos, raciales o religiosos<sup>14</sup>; exterminio<sup>15</sup>; asesinato<sup>16</sup>; deportación<sup>17</sup> y otros actos inhumanos como el traslado forzoso de la población<sup>18</sup>.
- Tres cargos de violaciones de las leyes o usos de guerra (art. 3): asesinato<sup>19</sup>; actos de violencia con el propósito principal de propagar terror entre la población civil<sup>20</sup>; ataques ilegales contra de la población civil<sup>21</sup>.
- Un cargo de infracción grave a las [Convenciones de Ginebra](#): la toma de civiles como rehenes.

Se supuso la participación en 4 planes criminales (Joint Criminal Enterprises)<sup>22</sup>:

- 1) a partir de octubre de 1991 hasta el 30 de noviembre de 1995 el acusado habría llevado a cabo el plan criminal de expulsar a la población bosníaca y croata del territorio bosnio-serbo (JCE o plan dominante);

---

<sup>11</sup> *Fiscal vs Radovan Karadžić*, Versión Publica Redactada, Sala de Primera Instancia, IT-95-5/18-T, 24 de marzo 2016, “I. Introduction”, “A. The Accused and the charges against him”, pp. 1-4.

<sup>12</sup> Municipalidades: Bratunac, Foča, Ključ, Kotor Varoš, Prijedor, Sanski Most, Vlasenica y Zvornik.

<sup>13</sup> En la municipalidad de Srebrenica.

<sup>14</sup> En las municipalidades de Banja Luka, Bijeljina, Bosanska Krupa, Bosanski Novi, Bratunac, Brčko, Foča, Hadžići, Ilidža, Kalinovik, Ključ, Kotor Varoš, Novi Grad, Novo Sarajevo, Pale, Prijedor, Rogatica, Sanski Most, Sokolac, Trnovo, Vlasenica, Vogošća, Zvornik, y Srebrenica.

<sup>15</sup> En cuanto a las municipalidades y Srebrenica.

<sup>16</sup> En cuanto a las municipalidades, Sarajevo y Srebrenica.

<sup>17</sup> En cuanto a las municipalidades.

<sup>18</sup> En cuanto a las municipalidades y Srebrenica.

<sup>19</sup> En cuanto a las municipalidades, Sarajevo y Srebrenica.

<sup>20</sup> En cuanto a Sarajevo.

<sup>21</sup> En cuanto a Sarajevo.

<sup>22</sup> La doctrina de las “Joint Criminal Enterprises”, deriva de la jurisprudencia del TPIY, en particular por el caso Tadic (TPIY, Sala de Apelación, *Fiscal vs Tadic*, Juicio, Caso n. IT-94-1-A, de 15 de julio de 1999). Véase, CASSESE A., *International Criminal Law*, segunda edición, Oxford University Press, Oxford, 2008; OLÁSULO H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders a Principals to International Crimes*, Hart, Oxford, 2009, pp. 38 y ss; O’SHEA A., “Individual Criminal Responsibility” en WOLFRUM R. (Ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. V, 2012, pp. 141 y ss.; HAAN V., “The Development of the Concept of the Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, en *5 International Criminal Law Review*, 2005, pp. 167-176; AMBOS K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, en *5 JICJ*, 2007, pp. 159-173; BOGDAN A., “Individual Criminal Responsibility in the Execution of a Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *6 International Criminal Law Review*, 2006, pp. 63-109.



- 2) entre abril de 1992 y noviembre de 1995 a través de los ataques y bombardeos contra de la población civil de Sarajevo, el plan criminal de propagar terror en la población civil (JCE de Sarajevo);
- 3) entre el 26 de mayo y el 19 de junio de 1995 el plan criminal de toma de rehenes de más de 200 mediadores de paz y observadores militares encargados del mantenimiento de la paz y de evitar los bombardeos de los aviones militares de la OTAN contra los objetivos militares serbobosnios;
- 4) desde los días anteriores al 11 de julio de 1995 hasta el 1 de noviembre de 1995 el plan criminal de genocidio y limpieza étnica de los bosnios musulmanes de Srebrenica a través de la matanza de hombres y trasladando forzosamente a mujeres, niños y ancianos (JCE de Srebrenica)<sup>23</sup>.

Además, Karadžić ha sido acusado por los crímenes cometidos en el municipio de Srebrenica, por ser responsable a nivel personal y de mando *ex art. 7*, párrafos 1 y 3 del Estatuto del mismo tribunal<sup>24</sup>.

Vamos a analizar los cuatro planes en los que se enmarcaron los hechos típicos.

### *2.3.1 – El plan criminal dominante*

*a) Hechos.* Se trata del principal objetivo prefijado por el acusado, quien planeó una estrategia para cometer el crimen de genocidio contra los bosníacos y croatas, mientras que las fuerzas serbias iban tomando el control de los municipios en los que esos grupos étnicos y religiosos residían. En concreto, esos grupos étnicos fueron constreñidos a dejar sus casas para ser desplazados forzosamente a otras partes de Bosnia-Herzegovina o a estados terceros y para lograrlo, fueron ilegalmente arrestados en masa, detenidos y trasladados a cerca de 50 instalaciones de otras municipalidades, y la mayoría de ellos perdieron las posiciones institucionales que detenían en las municipalidades. Estas expulsiones causaron un drástico cambio en la composición étnica de las municipalidades.

Los jefes políticos gubernamentales serbobosnios, a través de sus fuerzas militares, establecieron y perpetraron en esas instalaciones, en donde tuvieron lugar las

---

<sup>23</sup> *Fiscal vs Radovan Karadžić*, cit., pp. 1-4.

<sup>24</sup> Los párrafos 1 y 3 del art. 7 del Estatuto dictan, respectivamente, lo siguiente: “la persona que haya planeado, instigado u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”; “el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron”.



detenciones, unas condiciones de vida inhumanas caracterizadas por la falta de comida, agua, curas medicas, higiene, sin olvidarnos de que la mayoría de las víctimas fueron sometidas a torturas, violencia física y psicológica y las mujeres a abusos sexuales. Muchas fueron las víctimas asesinadas y que no resistieron a estas condiciones de vida imposibles y también fueron objeto de ocupación y de destrucción la mayor parte de los monumentos y lugares de culto, especialmente los musulmanes (bosníacos) y (católicos croatas)<sup>25</sup>.

La defensa del acusado sostuvo la naturaleza meramente voluntaria de esos desplazamientos, como obvia consecuencia de la guerra que estaba desarrollándose, directos hacia áreas controladas por el propio grupo étnico que estaba migrando; que cada singular acto de expulsión fue, en realidad, el producto de odio y venganza y que los crímenes fueron casos aislados y cometidos por individuos, por ejemplo los paramilitares, que actuaron por propia iniciativa y sin algún plan o objetivo establecido por el gobierno central serbio que, en realidad, no alcanzó a ejercer su influencia a nivel local de las municipalidades.

*b) Condena.* La Sala ha considerado que en realidad la toma de los territorios de etnia bosníaca y croata y la expulsión de los no serbios fueron coordinadas, dirigidas y básicamente planeadas por el líder serbobosnio que entre octubre de 1991 y noviembre de 1995 actuó bajo el plan de remoción de los bosnios musulmanes y croatas desde el territorio serbobosnio, y el acusado y los demás<sup>26</sup> compartieron, por lo tanto, los crímenes por los que se imputaron que constituyeron parte del mismo plan criminal. Durante la toma de los territorios no serbios tuvieron lugar ejecuciones en masa de bosnios musulmanes y croatas durante su permanencia en las instalaciones por lo que la Sala del Tribunal no ha tenido duda de que las ejecuciones ascendieron a crimen de exterminio.

La Sala ha considerado que el acusado contribuyó relevantemente sobre la base de las funciones y de la carga política que él ocupaba a nivel gubernamental en aquel momento histórico; él mismo dirigió las operaciones desde arriba y promovió las ideologías políticas del SDS formando una eficiente fuerza militar y policial, un gobierno paralelo y estructuras políticas para poder gobernar libremente y mantener la autoridad en el territorio reclamado con el objetivo de crear un Estado serbobosnio étnicamente homogéneo sobre la base de la imposibilidad de la convivencia entre los serbios, los bosnios musulmanes y croatas históricamente considerados como “enemigos”. Fue el promotor de estos ideales cuya propaganda alimentó la gravedad de la situación y de las tensiones en Bosnia y Herzegovina: apoyó la creación de las

---

<sup>25</sup> Entre las cuales Bratunac, Bosanski Novi, Foča, Ključ, Novi Grad, Prijedor, Rogatica, Sanski Most, Sokolac, Zvornik, Bijeljina, Pale y Vogošća.

<sup>26</sup> Momčilo Krajišnik, Nikola Koljević, Biljana Plavšić, Ratko Mladić, Mićo Stanišić, Momčilo Mandić, Țeljko Račnatović (Arkan), y Vojislav Šešelj.





fuerzas militares serbobosnias, VRS, MUP, una estructura policial separada y las fuerzas paramilitares para el aumento del poder y el mantenimiento de las autoridades bosnio-serbias en el territorio reclamado; estableció, también, nuevos órganos judiciales que trabajaron de forma discriminatoria sin castigar los crímenes perpetrados contra de los no serbios. El acusado y los demás miembros del plan fueron conscientes de que la comisión de aquellos crímenes estaba implicando graves cambios demográficos. La Sala ha concluido, por lo tanto, que los crímenes de deportación, traslado forzoso y persecución, detención ilegal de civiles, la imposición y el mantenimiento de medidas restrictivas y discriminatorias, las condiciones de vida impuestas a los no serbios formaron parte del mismo plan o diseño criminal.

En cuanto a la primera acusación de genocidio, por todo lo expuesto anteriormente se cumple con los requisitos enumerados por el art. 4.2.a y b (asesinato y graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo) aunque la Sala no se ha convencido, más allá de toda duda razonable, del cumplimiento del art. 4.2.c (sometimiento intencional a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial)<sup>27</sup>. La Sala, en otras palabras, no ha tenido suficiente evidencia probatoria de que se intentara destruir a esos grupos en los municipios y, por lo tanto, se ha decidido para la absolución del acusado con respecto a la primera acusación de genocidio<sup>28</sup>.

El acusado ha sido declarado culpable de asesinato, exterminio, persecución y los elementos probatorios más evidentes han sido: el tratamiento cruel y el trabajo forzoso impuesto en las fronteras, el uso de no serbios como escudo, la apropiación o la destrucción sin razón de propiedades privadas, incluyendo los lugares de culto y los monumentos. En cuanto a las municipalidades, la Sala ha reconocido la responsabilidad penal individual del acusado *ex art. 7, párrafo 1, del Estatuto* por la persecución, exterminio, asesinato, deportación, traslado forzoso, en cuanto a crímenes contra la humanidad, y por el asesinato, en cuanto a crimen de guerra, mientras que, por las razones ya expuestas, no ha considerado responsable el acusado por el crimen de genocidio en la primera acusación.

### *2.3.2 – El plan criminal de Sarajevo*

*a) Hechos.* La Sala se ha pronunciado sobre el segundo plan criminal de Sarajevo, refiriéndose a los ataques y bombardeos lanzados, entre mayo de 1992 y octubre de 1995, por parte de las fuerzas serbobosnias – llamadas *Sarajevo Romanija Corps* (SRK) – que, situadas en las colinas entorno a la ciudad de Sarajevo, la rodearon y la pusieron bajo asedio.

---

<sup>27</sup> Véase *Fiscal vs Radovan Karadžić*, cit., párrafos 2586-2587, p. 1000.

<sup>28</sup> *Ivi*, párrafo 2626, p. 1015.



En concreto los civiles fueron disparados en plena calle mientras realizaban tareas cotidianas, los niños también atacados mientras jugaban frente a sus casas y fueron, además, empleadas armas pesadas o de artillería e incluso bombas aéreas modificadas a partir de las estaciones en las cuevas de las colinas, armas con un alto potencial destructivo que no habían sido todavía testadas. El objetivo en esos tres años de ataques fue de aterrorizar a la población.

El acusado replicó a estas acusaciones evidenciando que esos ataques constituían, en realidad, una serie de respuestas o contraataques a aquellos provenientes desde la ciudad, y que los bosnios musulmanes atacaron a los civiles culpando a los serbobosnios y provocando la consternación y la intervención de toda la comunidad internacional.

La Sala ha desestimado estas alegaciones considerando que los ataques provenían por ambos lados y que las tropas del SRK atacaron también a personal militar, de forma desproporcionada, mediante armas pesadas e involucrando a civiles. En cuanto a la responsabilidad del acusado, la Sala ha evidenciado la falta de veracidad de sus alegaciones ya que los serbobosnios y las tropas del SRK más aquellas del VRS estaban bajo su control, siendo en el vértice de la estructura política, militar y gubernamental, y de sus colaboradores<sup>29</sup>, los cuales reconocieron la importancia de la ciudad Sarajevo. Él mismo apoyó al general Ratko Mladić, a las fuerzas del VRK y se involucró directamente en la campaña de Sarajevo: dictaminando varias órdenes y planeando las operaciones militares a nivel estratégico y operacional; promoviendo y recompensando a Mladić, Galić y Dragomir Milošević por sus operaciones; siendo informado de todos los ataques y limitando la muerte de los civiles solo cuando se intensificaron las presiones provenientes por la comunidad internacional y de la OTAN. La campaña de ataques y bombardeos fue, además, intensificada, cuando los bosnios musulmanes rechazaron el acuerdo sobre los términos convenidos por el acusado.

*b) Condena.* La Sala, por todo lo anterior, ha considerado responsable al acusado, *ex art. 7, párrafo 1, del Estatuto, del plan criminal de Sarajevo, de asesinato, la comisión de actos de violencia con el propósito principal de aterrorizar a la población civil, en cuanto violaciones de las leyes y usos de guerra (crímenes de guerra), y asesinato en cuanto crimen de lesa humanidad.*

### *2.3.3 – La toma como rehenes del personal para el mantenimiento de la paz*

*a) Hechos.* El 26 de mayo de 1995, después de los ataques aéreos de la OTAN contra los objetivos serbobosnios en Pale, el personal UNPROFOR y UNMO destinado a operar en Bosnia y Herzegovina fue detenido por las fuerzas serbobosnias y trasladado a otras zonas del territorio. La mayoría de ellos fueron chantajeados y amenazados de

---

<sup>29</sup> Ratko Mladić, Stanislav Galić, Dragomir Milošević, Momčilo Krajišnik, Nikola Koljević, and Biljana Plavšić.



muerte – en caso de posteriores ataques aéreos por parte de la OTAN – y fueron liberados el 18 de junio cuando se acordó el alto el fuego tratándose de la violación del art. 3 del Estatuto (crímenes de guerra) ya que ese personal para el mantenimiento de la paz estaba dotado de inmunidad.

b) *Condena.* Se trató, para la Sala, de un plan de secuestro de aquel personal con el fin exclusivo de obtener el alto el fuego de la OTAN y este plan vio como autores protagonistas a Mladić, Krajišnik, Milovanović y al acusado el que habría planeado todas las operaciones dando directivas y monitoreando sus fuerzas militares, estableciendo los términos de las negociaciones para el alto el fuego, autorizando el día 27 de mayo la captura del personal enviado para mantener de la paz y amenazando a la opinión pública internacional de causar una catástrofe humanitaria en caso de organizar operaciones directas para su liberación. Fue así claramente demostrada la *mens rea* del acusado y su responsabilidad individual *ex art. 7, párrafo 1, del Estatuto* por la acusación n. 11 de toma de rehenes.

#### 2.3.4. *El plan criminal de Srebrenica*

a) *Hechos.* La Sala se ha ocupado del cuarto y último plan criminal desarrollado en la municipalidad de Srebrenica, proclamado territorio seguro por la ONU el 16 de abril de 1993, en donde los bosnios musulmanes y croatas se refugiaron desde octubre de 1991 debido a los ataques de las fuerzas serbias.

En marzo de 1995 el acusado habría ordenado a los Drina Corps, por medio de la directiva n.7, crear una situación insostenible para los habitantes de Srebrenica; el día 2 de julio se habría reunido con el Comandante militar Zivanović para fomentar la operación y después de la llegada de Mladić, el territorio cayó bajo las fuerzas serbias el 11 de julio. Los hombres más afortunados escaparon a Tuzla mientras que cerca de 30 mil bosnios musulmanes mujeres, niños y ancianos fueron separados de sus familias y trasladados a Potočari, y el 12 y 13 de julio fueron víctimas de abusos sexuales y violencia. Poco después Mladić convocó y dio un ultimátum a los miembros del UNPROFOR y a los representantes de los bosnios musulmanes en el Hotel Fontana en Bratunac amenazando con asesinar a la población que se hubiera quedado en el territorio.

La Sala ha relevado que la intención de desplazarlos constituía parte del plan de extinguirlos definitivamente: en efecto, las fuerzas serbias interceptaron a los hombres que estaban desplazándose hacia Tuzla para tenderles una emboscada, cerca de 2 mil hombres fueron capturados, trasladados hacia un almacén de la localidad de Kravika, de los cuales asesinados entre 755 y 1016 personas. Esa noche el acusado se habría entretenido en una conversación en clave con Miroslav Deronjić<sup>30</sup> y le habría

---

<sup>30</sup> Nombrado pocos días antes como Comisionario de los civiles en la Municipalidad de Srebrenica.



comunicado del destino de dos mil personas mientras otras habrían sido transferidas desde Bratunac a otras municipalidades cerca de Zvornik para llevar a cabo matanzas, como parte de un plan extremadamente sistemático, para un total de más de 5115 bosnios musulmanes<sup>31</sup>.

b) *Condena*. A pesar de que el acusado sostuvo que el plan de matarlos habría nacido a partir de los incidentes de la tarde del 13 de julio en el almacén de Kravika, la Sala ha relevado que los oficiales Mladić, Beara, y Popović habrían compartido el mismo plan criminal considerándoles responsables por aquellas matanzas de los crímenes de asesinato, exterminio y persecución. Además, el intento de matar a todos los hombres en edad fértil habría sido la prueba de la intención de extinguir el grupo de bosnios musulmanes. En cuanto al acusado, la Sala ha constatado que, a partir de la Directiva de 7 de marzo de 1995, él habría manifestado su propósito a largo plazo de extinguir permanentemente el grupo bosnio musulmán en Srebrenica: instalando a las fuerza serbias en el territorio, conociendo todas las operaciones y siendo constantemente informado por varios canales<sup>32</sup>, declarando el 14 de julio el estado de guerra en el territorio, lo que hubo el principal efecto de autorizar las fuerzas armadas a utilizar todas los recursos humanos y materiales para facilitar las operaciones de matanzas en curso.

La Sala, a la luz de todas estas consideraciones, se ha convencido de la responsabilidad del acusado por el plan de extinguir los bosnios musulmanes, y eso, ocupando los cargos de Presidente de la Republica de Serbia y de Comandante Supremo del VRS, sin ejercer ningún tipo de intervención o iniciativa para prevenir dichas barbaridades, sino fomentando y contribuyendo a aquellas operaciones ordenando, *in primis*, el traslado de los bosnios musulmanes desde Bratunac y, posteriormente, su matanza en Zvornik. Se ha tratado de responsabilidad individual, *ex art. 7*, párrafos 1 y 3 del Estatuto, respectivamente por haber planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar los crímenes de asesinato, genocidio, exterminio, persecución<sup>33</sup> y, como superior jerárquico de las tropas, por no haber tomado las medidas razonables para impedir dichos crímenes.

---

<sup>31</sup> Las municipalidades de Zvornik, Potočari, Sandići Meadow, Luke School (cerca de Tišća), en Jadar River, Bratunac, Snagovo, Bišina, y Trnovo.

<sup>32</sup> Los contactos e intercambio de informaciones con los oficiales militares de la fuerza VRS como Gvero y Tolimir, así como Tivanović en la noche del 11 de julio y Mladić durante la tarde del 13 julio, los dos encuentros en Bratunac con el oficial Tomislav Kovać del RS MUP, la recepción constante de todos los informes por parte de las fuerzas serbias incluido el VRS, su conversación con Miroslav Deronjić en la que se habló en clave del destino de acerca de dos miles detenidos (en la conversación hablaron del desplazamiento de bienes pero después el Deronjić se entretuvo en otra conversación con Beara en la que discutieron sobre el lugar en donde matarlos).

<sup>33</sup> Véase *Fiscal vs Radovan Karadžić*, cit., párrafos 5848-5850, pp. 2451-2452.



## **2.4. La condena**

Ante las once acusaciones formuladas, Karadžić prefirió eludir su proceso dándose a la fuga. El gobierno de EE. UU. ofreció una recompensa de 5 millones de dólares por su captura y sólo en 2008 fue atrapado en Belgrado bajo su nueva identidad<sup>34</sup> tras una huida de 13 años.

En cuanto al proceso, la Fiscalía formuló la fase preliminar el 27 de octubre y 2 de noviembre de 2009, el primer testigo fue oído el 13 de abril y las conclusiones formuladas entre el 30 de septiembre y 7 de octubre de 2010; la Sala condujo 499 días durante los cuales constituyeron prueba cerca de 434 testigos.

La sentencia condenó a Karadžić a 40 años de cárcel por ser culpable de diez acusaciones sobre once. A pesar de eso no fue impuesta condena *ex art.* 7.3 del Estatuto con respecto a la acusación n. 2 de genocidio<sup>35</sup>. En cuanto a la determinación de la pena, la Sala se ha detenido sobre la gravedad de los crímenes perpetrados evidenciando que se ha tratado de los mayores crímenes en derecho penal internacional y que las dimisiones de la vida política en 1996 así como el sentido de arrepentimiento constituyeron circunstancias atenuantes.

En cuanto al concurso de delitos, en donde haya habido solapamiento de acusaciones, la Sala reveló que la condena de asesinato como crimen de lesa humanidad ha sido subsumida en la de exterminio y que no incurre incompatibilidad alguna, es decir, se puede condenar por ambos tipos de delitos: por el crimen de asesinato, en cuanto crimen de guerra (art. 3) y por los crímenes de asesinato y exterminio, en cuanto crímenes de lesa humanidad (art. 5).

En cuanto a la pena impuesta el acusado ha sido condenado por las diez acusaciones a 40 años de prisión<sup>36</sup>, encontrándose provisionalmente bajo la custodia temporal del Tribunal hasta su traslado para cumplir la restante parte de la condena<sup>37</sup>. Actualmente la sentencia resulta ya objeto de recurso de apelación.

## **3. La sentencia Karadžić y los perfiles de legalidad**

### **3.1. Notas Introductorias sobre el principio de legalidad**

---

<sup>34</sup> Para dificultar su identificación había cambiado su aspecto atildado por una barba y cabellos muy largos, se hacía llamar Dragan Dabic y ejercía la medicina alternativa en una clínica privada.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párrafo 5850.

<sup>36</sup> Con la reducción de lo ya cumplido a partir de su permanencia en custodia desde el 21 de julio de 2008 (Regla 101C).

<sup>37</sup> De conformidad con la Regla 103(C).



Vamos a analizar la conformidad del Estatuto del TPIY con el principio de legalidad de los crímenes y de las penas y su respeto y aplicación por parte del Tribunal a la hora de la formulación de los cargos de acusación y de la cuantificación de la pena ya que este principio – junto a otros de materialidad, acción o exterioridad, de lesión o ofensa, culpabilidad y subsidiariedad – constituye la garantía de carácter general de todos los sistemas penales, consagrado por las Constituciones de los Países de la Europa continental después de la revolución francesa. Hoy en día, el mismo principio debería tener aplicación, también, en el sistema penal internacional en el que, si bien no hay un verdadero Estado soberano, puede hablarse de Estado de Derecho en el que toda acción por parte del estado y de la sociedad está sometida y sustentada por normas jurídicas que contribuyen para su desarrollo dentro de un marco de paz y armonía; en el que, en otras palabras, el poder del estado se encuentra limitado por el Derecho<sup>38</sup>. Promover y garantizar el Estado de Derecho a través del establecimiento de medidas que garanticen el respeto de principios como el de legalidad, en ambos planos nacional e internacional, es uno de los objetivos esenciales de N.U. para lograr una paz duradera, proteger los derechos humanos y lograr el progreso y desarrollo económico<sup>39</sup>.

El principio de legalidad rige el Derecho Penal y se caracteriza por ser el instrumento necesario para garantizar una justicia igual, imparcial y efectiva. Constituye el más importante de los dogmas jurídicos del Estado de Derecho ya que a través de ello se persigue el fin de controlar y limitar el poder estatal con la previsión de normas jurídicas generales y abstractas. La legalidad representa la sumisión a la ley y su respeto garantizando, así, la libertad y la seguridad de los ciudadanos frente a cualquier arbitrariedad del Estado.

Dicho principio surgió en el marco del pensamiento jurídico de la Ilustración<sup>40</sup> y su contenido, resumido en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*

---

<sup>38</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1989, pp. 896; trad. esp. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*, Trotta, Madrid, 2005.

<sup>39</sup> A confirmación, las palabras del Secretario General de N. U.: “Para las Naciones Unidas, el concepto de «Estado de Derecho» ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”. Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (S/2004/616).

<sup>40</sup> En realidad el *nullum crimen, nulla poena sine lege* se encuentra ya como regla en la Magna Carta de 1215 cuyo art. 39 establecía el *nisi per legale iudicium parium suorum ver per legem terrae* (WAGNER, *Magna Carta Libertatum von 1215*, Bern, 1951, p. 22). Los primeros autores fueron Beccaria (BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764) y, posteriormente, el gran penalista Johann Paul Anselm Ritter Von Feuerbach (FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, 20, § 24). Véase, para un atento análisis histórico sobre el principio de legalidad



*praevia, scripta, stricta et certa*, prescribe el respeto de cuatro garantías que tienen su plena realización en los Estados democráticos<sup>41</sup>. Ha sido recogido por los principales sistemas jurídicos mundiales y consagrado en las constituciones democráticas del siglo XX y en los textos de importantes instrumentos internacionales<sup>42</sup>. Mientras que con respecto a los sistemas de tipo *common law* la regla de la irretroactividad se consideraba una presunción<sup>43</sup> y los crímenes pueden ser desarrollados por analogía<sup>44</sup>, expresión del

---

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, Ed. Porrúa, México, 2009, Capítulo Primero, pp. 1-25.

<sup>41</sup> RUIZ ROBLEDO, A., *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 67. Las cuatro garantías son: 1) la garantía criminal, *el nullum crimen sine lege*, es decir, que ninguna conducta, por reprochable que parezca, puede ser considerada delictiva si no lo establece previamente una ley que pueda, de tal manera, garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, los que puedan conocer de forma anticipada las conductas prohibidas por su ordenamiento jurídico y las penas como consecuencias de esas conductas. Dicha garantía implica, a su vez, cuatro consecuencias conocidas en doctrina como los corolarios derivados del principio de legalidad: a) la *lex scripta*, es decir, el monopolio de la ley para establecer crímenes y penas y el rechazo de las fuentes consuetudinarias; b) la *lex praevia*, es decir, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales, regla complementada por la *lex mitior*, es decir, la aplicación de la ley más favorable al acusado; c) la *lex certa*, es decir, prescribir certeza y determinación, a través de la correcta delimitación por medio de la ley de todos los delitos y penas, excluyendo cualquier tipo de cláusula y disposición vaga o indeterminada; d) por último, la *lex stricta*, es decir, una interpretación restrictiva que impida cualquier interpretación extensiva y analógica *in malam partem*; 2) la garantía penal, *el nulla poena sine lege*, que prescribe la imposición por los tribunales de penas previstas por ley; 3) la garantía jurisdiccional, *el nemo damnatur nisi per legale iudicium*, que prescribe la posibilidad por todos los ciudadanos, indistintamente, de poder acudir a un juicio formal, ante un tribunal competente, con todas las garantías prescritas por ley; 4) la garantía de ejecución, *el nulla executio sine lege*, que prescribe a nivel de modalidad de ejecución de las penas, las formas previstas por las leyes, excluyendo cualquier injerencia por otras Instituciones u Órganos.

<sup>42</sup> El art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 99 de la tercera Convención de Ginebra de 1949, el art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, el art. 15 del Convenio de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el art. 7 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de las Personas de 1981.

<sup>43</sup> BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books, Vol. I, Parte I. Sección II.: On the nature of Laws in general*, Ed. Sharswood, 1753, p. 46. Según el autor la presunción de la prohibición de la retroactividad, junto al principio de soberanía del Parlamento, eran considerados unos principios básicos. En efecto la retroactividad contrasta con el principio de la "Rule of Law" ya que excede el mandato temporal otorgado al legislador. Véase, también, SAMPFORD C., *Retrospectivity and Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 68 y ss. La única excepción en este ámbito fue la Constitución de los EE. UU. que fue la única entre los sistemas jurídicos de *common law* a prever específicamente la prohibición de la retroactividad.

<sup>44</sup> CADOPPI A., *Dalla Judge-made Law al Criminal Code. La codificazione nel mondo di Common Law*, en *Revista italiana di diritto processuale penale*, 1992, 923 y ss; CADOPPI A., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Cedam, Padova, 2004, 153 ss., 192 ss., 226 ss; CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 345; VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, en *Digesto delle discipline penalistiche*, I, Torino, 1987, p. 159. La analogía es el método interpretativo a través del cual se permite la resolución de casos no regulados a través de la consolidación de normas que regulan casos análogos. En particular, tiene lugar la llamada *analogía legis* si un caso no regulado o previsto se resuelva por normas singulares y escritas mediante la referencia a la disciplina prevista para los casos similares; la *analogía iuris* si, en vez, se resuelva mediante la consulta de los generales principios de derecho consolidados. No hay que confundirla con la interpretación extensiva que se obtiene cuando la solución propuesta cabe en la



gradual desarrollo de la ley misma, en los sistemas de *civil law* la prohibición de normas penales retroactivas es absoluta y el recurso a la analogía está consentido solo en mínima parte<sup>45</sup>. No creemos que el uso de la analogía, desde el punto de vista interpretativo, pueda causar problemas si se consideran el gran número de lagunas

---

interpretación literal y en el sentido de los términos empleados en el texto. Si se supera, por lo tanto, la frontera del tenor literal se pasa a la analogía que en derecho penal está prohibida ya que menoscaba la función de garantía del principio de tipicidad y de legalidad al permitirse la aplicación de la ley penal a casos distintos no contemplados. Se trata de una regla que protege a la persona sujeta a investigación o persecución asegurándole que la potencial limitación de libertad que le podría tocar esté prescrita exclusivamente por definición de ley, es decir, por el Estatuto, en este caso, y no por el trabajo de los jueces del órgano juzgante a través de la aplicación por vía analógica. A través de la interpretación por vía analógica parece violarse, inevitablemente, el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Contra de esta postura MARINI G., Voce Nullum crimen, nulla poena sine lege (diritto penale), en *Enciclopedia Diritto*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 957; GALLO M., *La legge penale. Appunti sul diritto penale*, Cooperativa libraria universitaria torinese, Torino, 1965, p. 28. Véase, también, AMBOS K., *Principios e imputación en el Derecho Penal Internacional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008, pp. 28 y ss. Según el autor, si se entendiera el requisito de la *lex stricta* solo en el sentido de la prohibición de analogía *in malam partem*, sería difícil aplicarlo en las jurisdicciones tradicionales del modelo de tipo *common law*, ya que en ellas el recurso de la analogía no estaría prohibido sino que debe observarse como parte del proceso de descubrimiento intrínseco de la creación judicial del Derecho. En estos sistemas jurídicos, mientras no haya ningún reconocimiento formal – a través de la imposición por ley – del principio de legalidad, son los propios precedentes jurisprudenciales a vincular los jueces, aunque reconociendo dichos principios ya consolidados en materia penal sin, no obstante, ninguna obligación establecida por ley de atenerse a ellos. Se trata de una especie de presunción jurídica interpretativa que se acompaña de una identificación y desarrollo de los crímenes por medio del método analógico, opción extensiva que queda por supuesto excluida en el ámbito de los sistemas jurídicos de *civil law*, si bien limitada a las infracciones menores.

<sup>45</sup> En los sistemas de tipo *civil law*, la prohibición de la analogía parece ser limitada exclusivamente a la creación de delitos y penas y no cuando se aportan unos parámetros interpretativos que pueden avalar una comprensión de las leyes penales y del mismo principio de legalidad en el sentido de salvaguardar los derechos fundamentales y de ampliar la libertad de los ciudadanos. La llamada analogía *in bonam partem* parece ser admitida, según la orientación mayoritaria, en situaciones en las cuales no se crean figuras delictivas ni se aplican penas, y de conformidad con el respeto de los límites de la *eadem ratio* de la norma incriminatoria. Es el caso de las atenuantes que por ejemplo se aplican en el caso del estado de necesidad o legítima defensa anticipada. Sentencias: Auto Tribunal Constitucional (español) n. 68/1996, Sala Primera, Sección 1ª, de 25 marzo; STC n. 38/2003, Sala Primera, de 27 febrero, STC núm. 228/2002, Sala Segunda, de 9 diciembre; STC núm. 167/2001, Sala Segunda, de 16 julio. Véanse: RAMÓN RIBAS E., “Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal”, en *Revista de derecho penal y criminología*, ISSN 1132-9955, No 12, 2014, pp. 111-164; Vogliotti M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 65 ss., 100, 113 ss.; DIEZ-PICAZO L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson/Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 465; SUNSTEIN C. R., On Analogical Reasoning, in *Harvard Law Review*, 106, 1993, 741 ss; VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, op. cit., p. 159; HUERTA TOCILDO S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, op. cit., en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 39, septiembre-diciembre de 1993; HASSEMER W., “¿Palabras justas para un Derecho justo? sobre la interdicción de la analogía en el Derecho penal”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 35, 1996, pp. 143-170; COBO DEL ROSAL M., BOIX REIG J., “Garantías constitucionales del derecho sancionador”, en *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982, p. 203; BACIGALUPO E., *La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho Penal*, en *Anuario de Derechos Humanos*, n. 2, 1983, p. 11-29; FALCÓN M. J. y TELLA, *El argumento analógico en el Derecho*, Civitas, Madrid, 1991, p. 189 y ss.





contenidas en los Estatutos o en los Códigos Penales, sino que esa técnica interpretativa puede permitir a los jueces hacer referencia a otras normas, disposiciones o a otras fuentes consuetudinarias para eliminar las dudas que puedan surgir, a partir de la lista no-exhaustiva de los crímenes. La tipicidad y determinación representan la clave en el ámbito de la formación de las normas jurídicas penales<sup>46</sup> a través de una descripción detallada de lo que está perseguido por parte del ordenamiento jurídico y la previsión abstracta y general de las características esenciales de los crímenes de tal manera de delinear unos casos fácilmente reconocibles cuando se averigüen en la realidad y todo esto para garantizar el ciudadano y saber lo que está permitido y lo que no, distinguir lo lícito de lo ilícito<sup>47</sup>. De esta forma, a través del método interpretativo de la subsunción se reconduce el hecho concreto singular al modelo típico abstracto previsto en el Código Penal o, en este caso, en el Estatuto del TPIY. Así, mientras que la reserva de ley asegura el monopolio de la ley en el ámbito penal para evitar cualquier injerencia del poder ejecutivo, el principio de precisión y taxatividad de las normas penales impide la injerencia del poder judicial y la arbitraria persecución y castigo de hechos no expresamente previstos como crímenes por ley<sup>48</sup>. Y mientras que la determinación se proyecta al interno del presupuesto abstracto a nivel de formulación legislativa, el principio de taxatividad constituye la barrera externa del presupuesto mismo impidiendo que pueda referirse a hipótesis no comprendidas en su dimensión normativa abstracta. Se trata de dos principios complementarios: la determinación obliga al legislador a redactar los presupuestos penales del contenido preciso mientras que la taxatividad impide el uso por parte del juez de la analogía. Ya que, en principio, sería vetado aplicar una norma penal “para responder a un problema distinto respecto a aquel desde el cual la misma norma haya derivado”<sup>49</sup>, los casos más problemáticos son los que, como aquel en examen, prevén el uso de formulas típicas vagas, generales y abstractas como: “en casos similares o análogos”, que amplían el ámbito de aplicación de un crimen.

Ahora bien, en el ámbito internacional, el principio de legalidad ha sido considerado, ya a partir de la experiencia de Núremberg, simplemente como máxima general, un “principio de justicia” por lo cual se ha optado hablar de “*nullum crimen, nulla poena sine iure*”, y la doctrina ha evidenciado que se trata más bien de un estándar de mínimos, de juridicidad más que de estricta legalidad ya que los postulados clásicos de derecho penal no admiten un derecho “no escrito” sino conceptos como los

---

<sup>46</sup> AMBOS K., “100 años de la “Teoría del delito” de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>. Según el autor, Beling definió la “teoría de la tipicidad” con la máxima “no hay delito sin tipicidad”.

<sup>47</sup> D’AMICO M., *Il principio di determinatezza in materia penale tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, pp. 315-376.

<sup>48</sup> GRASSO P. G., *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 15-16.

<sup>49</sup> RONCO M., “Il principio di legalità”, en RONCO M.,(Ed), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 78-80.



de previsibilidad, accesibilidad y especificidad de las normas que no se satisfacen a través de un derecho consuetudinario cuyas fuentes no escritas ofrecen menos garantías<sup>50</sup>; ni resultan admisibles normas aplicables *ex post facto*, o definiciones de crímenes vagas e inciertas o sanciones generales o indeterminadas, ni la posibilidad de consentir a los jueces de poder discrecionalmente interpretar unas normas o de poder hacer referencia a casos análogos<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> El art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, establece lo siguiente: “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”. ANDRÉS DOMÍNGUEZ A. C., *Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 44 y ss. Más recientemente la interpretación que hace el TEDH del art. 7 pone al mismo nivel tanto el derecho de origen legislativo como aquel de derivación jurisprudencial, independientemente de su carácter escrito o no, permitiendo considerar como fuentes del Derecho penal internacional la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho, menoscabando el principio del legalidad penal y su garantía de reserva absoluta de ley en sentido formal. En efecto, se consiente una abertura al sistema de justicia de tipo *common law*, con respecto a la definición de “ley”, a través de la interpretación del TEDH en sus dos sentencias de 22 de marzo de 2001 en las que ha especificado, con la afirmación de que “un delito debe estar claramente definido por la Ley”, que la noción de *law* utilizada en el art. 7.1 “engloba tanto el derecho escrito como el no escrito”, algo que choca frontalmente con el principio de legalidad de matiz continental en su configuración tradicional clásica, el que exige de manera imprescindible que la ley penal sea *scripta*, no sólo porque a través de ello se garantiza su conocimiento por todos, sino porque sólo así se garantiza su procedencia de una instancia democráticamente legitimada. Véase, también, MENDOZA CALDERÓN S., “Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en Derecho penal internacional”, en PÉREZ CEPEDA A. I. (Ed.), *El principio de justicia universal fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 269-316; JAÉN VALLEJO M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 57-60; GARCÍA SAN MARTÍN J., “La extensión del principio de legalidad penal a la luz de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, 2015, pp. 1-15.

<sup>51</sup> OLÁSULO ALONSO H., *El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo*, en Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, Vol. 1, Nº. 0, 2013, p. 22. Se trata de un principio de justicia que no daba lugar a derechos subjetivos individuales ni limitaba la soberanía del Estado sino podía ser legítimamente inaplicado. BASSIOUNI M. C., MANIKAS P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York, 1996, pp. 277-278. El autor evidencia que la ausencia de un órgano legislativo internacional plantea que el principio de legalidad del derecho penal internacional puede ser mejor expresado por la máxima “*nullum crimen sine iure*”, la que incluye prohibiciones legales que derivan por ambos derecho convencional y consuetudinario y que declaran que ciertas conductas son prohibibles o punibles. Véase también OLLÉ SESÉ M., *Justicia Universal para crímenes internacionales*, op. cit., pp. 161 y ss.; HORMAZÁBAL MALARÉE H., “Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal”, en PÉREZ CEPEDA A. I. (Ed.), op. cit., pp. 237-268. Estos autores reconocen también que el principio *nullum crimen, nulla poena sine iure* mejor se adapta a los caracteres del derecho penal internacional. En efecto si en el derecho interno la norma previa tiene que ser escrita, una ley, en el derecho penal internacional dicha norma previa puede ser escrita o no escrita, es decir, puede derivar del derecho convencional o consuetudinario. Véase, CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Segunda Edición, New York, 2008, p. 44. Según el autor: “aún cuando el principio *nullum crimen sine iure* es indudablemente más flexible que el principio de legalidad en la formulación tradicional del sistema de derecho codificado, de todas formas, está siempre limitado por ciertos principios fundamentales, como la irretroactividad de todo derecho aplicable la cual está sólidamente incrustada en



### 3.2. *El nullum crimen sine lege y el artículo 3 del Estatuto del TPIY*

Como es sabido, en el ámbito del sistema de justicia internacional creado a partir del establecimiento de los TPIY y TPIR, el debate en torno al principio *nullum crimen* creció, poco a poco y paulatinamente al respecto de la enumeración de los elementos de los crímenes internacionales, sin que eso, en la práctica, perjudicase o limitase la actividad de los mismos Tribunales. La resolución n. 808 del Consejo de Seguridad de N. U. estableció el TPIY y el Secretario General de N.U. precisó que el alcance de su jurisdicción *ratione materiae* fuese limitado a las ofensas ya consideradas partes de la costumbre internacional<sup>52</sup>.

En el caso *Tadic* fue especificado que no habría tenido lugar la violación del principio de legalidad:

“el Art. 3 de la Convención de Ginebra constituye sin duda parte del derecho internacional consuetudinario y, por eso, el principio *nullum crimen sine lege* no ha sido violado por la incorporación de las disposiciones del Art. 3 en el Art. 3 del Estatuto del Tribunal Internacional”<sup>53</sup>.

Mientras que, en el caso *Jelusic*, el Tribunal dictó lo siguiente:

---

el derecho penal internacional, y los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, que son aplicados en la práctica internacional”.

<sup>52</sup> Relación del Secretario General de acuerdo con el Párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad (1993), de 3 de mayo de 1993, S/25704, párrafo 34: [“la aplicación del principio \*nullum crimen sine lege\* requiere que el tribunal internacional debería aplicar disposiciones de DIH el que constituye, sin dudas, parte de la costumbre internacional”](#). En el párrafo 35 se precisaron los instrumentos internacionales ya existentes y considerados parte del derecho internacional consuetudinario: las cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de Agosto 1949; la Convención (IV) de la Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su Reglamento anexo, de 18 de octubre 1907; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre 1948; el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 8 de agosto 1945.

<sup>53</sup> *Fiscal vs Tadic*, Decisión sobre la excepción de jurisdicción en Primera Instancia, IT-94-1, Sala de, 10 de agosto de 1995, párrafo 72. El mismo razonamiento fue confirmado en [la Apelación \(\*Fiscal vs Tadic\*, Decisión sobre la excepción de jurisdicción en Apelación, IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, párrafo 143\)](#): “it should be emphasised again that the only reason behind the stated purpose of the drafters that the International Tribunal should apply customary international law was to avoid violating the principle of *nullum crimen sine lege* in the event that a party to the conflict did not adhere to a specific treaty”. Además, a los párrafos 92 y 128 [fue evidenciada el alcance de la ley consuetudinaria de los conflictos armados en los siguientes términos: “el art. 3 de la Convención de Ginebra no contiene explícitas referencias a la responsabilidad criminal...la responsabilidad criminal individual no se pierde por la ausencia de disposiciones convencionales sobre los crímenes...el primer objetivo con la institución del Tribunal Internacional es de no dejar impunes ciertas personas culpables de cualquiera tan seria violación, en cualquier contexto esa haya tenido lugar”](#). Todavía, en el caso *Akayesu* (*Fiscal vs Akayesu*, Sala de Primera Instancia, ICTR-94-4-T, 2 de septiembre de 1998, párrafos 616-617) delante del Tribunal Internacional para el Ruanda, fue confirmada la naturaleza de costumbre internacional del art. 3 de la Convención de Ginebra de 1948 y, adicionalmente, de las garantías establecidas por el art. 4 que formarían parte, esas también, del derecho internacional y de la costumbre internacional.



“de acuerdo al principio *nullum crimen sine lege* la Sala de Primera Instancia examina los ingredientes legales del crimen de genocidio, teniendo en cuenta solo aquellos que forman parte, sin duda alguna, del derecho internacional consuetudinario”<sup>54</sup>.

Realmente en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* resulta que los jueces, en vez de ocuparse de dictar los límites del *corpus iuris* de derecho internacional consuetudinario, declararon unos principios consuetudinarios jamás expresos en pasado, y las defensas de los imputados en todos esos casos denunciaron, en vano, la falta de conocimiento por parte de los imputados de los comportamientos vetados y la interpretación expansiva más que extensiva que los jueces estaban haciendo del derecho internacional humanitario. En efecto, en el caso *Tadic* fueron interpretados extensivamente los estándares para la determinación y clasificación como conflictos armados “internacionales”, comportando, por lo tanto, la condena, en lugar de la absolución precedentemente dictada por la Sala de Primera Instancia, por la violación *ex art. 2* del Estatuto del Tribunal<sup>55</sup>.

Ahora bien, en el ámbito de los crímenes de competencia del TPIY vamos a comprobar cómo en el art. 3 del Estatuto, a la hora de tipificar los crímenes de guerra, se usa la formulación “sin que la lista sea exhaustiva” que mal se concilia con los fines del principio de legalidad, de tipicidad y de la prescrita prohibición de analogía<sup>56</sup>, creando incertidumbre a nivel jurídico y falta de respeto para los individuos que deberían conocer las acciones prohibidas o crímenes internacionales, objeto de persecución. A través de la clausula genérica del art. 3, se autorizan los jueces a perseguir cada violación del derecho internacional humanitario no cubierta o enumerada por los arts. 2 a 5 del Estatuto<sup>57</sup>, es decir, a tener mayor discrecionalidad en la identificación de un caso como típico.

En concreto, para que tenga aplicación el art. 3 la Sala ha especificado en el caso *Karadžić* los dos requisitos que hay que cumplirse: a) la existencia de un conflicto armado y b) la relación estricta o nexo de causalidad entre el conflicto armado y el crimen en concreto; además, la Sala ha especificado, como tercer requisito, una serie de condiciones, conocidas como las condiciones de *Tadic*<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> *Fiscal vs Jesilić*, Sala de Primera Instancia, IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999, párrafo 61.

<sup>55</sup> *Fiscal vs Tadic*, Sala de Apelación, IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, en el que el Tribunal dijo que los conflictos averiguados en el norte oeste de Bosnia a mitad del año 1992 habrían debido ser clasificados como conflictos internacionales, comportando la violación en conjunto y concurrente de los art. 2, 3 y 5 del Estatuto.

<sup>56</sup> A parte del art. 8 del Estatuto (véase nota 5), el art. 16 dicta indirectamente la prohibición de normas penales retroactivas: “el Fiscal se encargará de la investigación y la acusación de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de junio de 1991”.

<sup>57</sup> Véase *Fiscal vs Radovan Karadžić*, cit., párrafos 440-441, p. 170.

<sup>58</sup> *Fiscal vs Tadić*, Decisión sobre la excepción de jurisdicción en Apelación, cit., párrafos 94 y 143; *Fiscal vs Radovan Karadžić*, cit., párrafos 440-444, p. 171-172. (a) La violación tiene que constituir una infracción a una regla de derecho internacional humanitario; (b) dicha regla tiene que ser de naturaleza



Ahora bien, vamos a analizar cómo las acusaciones formuladas contra del Karadzic no están expresamente codificadas o enumeradas como crímenes por el Estatuto y sobre qué base jurídica están fundadas para la Sala.

En cuanto al cargo n. 6 de asesinato, la misma conducta no está expresamente prevista como crimen de guerra por el art. 3 del Estatuto sino su persecución y castigo derivaría por el art. 3 (1) (a) Común a los Convenios de Ginebra<sup>59</sup>.

En cuanto al cargo n. 9, de comisión de actos de violencia con el propósito principal de propagar terror entre la población civil, aunque tales actos no sean tampoco expresamente previstos y perseguibles *ex art.* 3 del Estatuto, la Sala ha indicado – con referencia al caso *Galic*<sup>60</sup> – que su persecución derivaría por los art. 51 del Protocolo n. I Adicional al Convenio de Ginebra<sup>61</sup> y 13 del Protocolo n. II<sup>62</sup>, ambos ya considerados parte del derecho internacional consuetudinario.

---

consuetudinaria o, si convencional, el tratado tiene que ser vinculante entre las partes al momento de la presunta ofensa y no en conflicto o posible de ser derogado por normas perentorias de derecho internacional; (c) la violación tiene que ser seria, tiene que constituir una violación de una regla que protege valores importantes y dicha violación tiene que causar graves consecuencias para la víctima; y d) la violación de dicha regla tiene que implicar, bajo de derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad criminal individual de la persona que viole dicha regla.

<sup>59</sup> *Fiscal vs Radovan Karadžić*, Versión Publica Redactada, Sala de Primera Instancia, IT-95-5/18-T, 24 de marzo de 2016, cit., párrafo 445, p. 172. El Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios De Ginebra, titulado, “conflictos no internacionales” dicta lo siguiente: “en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

<sup>60</sup> Véase *Fiscal vs Radovan Karadžić*, cit., párrafos 458, p. 177; *Fiscal vs Galic*, Sala de Apelación, IT-98-29-A, 30 de noviembre de 2006, párrafos. 87–98.

<sup>61</sup> Bajo el título de “ Protección de la población civil ”, el art. 51 del Protocolo I codifica las normas fundamentales que han de respetarse en las operaciones militares. En el art. 52, se añaden normas precisas que prohíben la destrucción de bienes de carácter civil y después de repetir la obligación de proteger a la población civil contra los peligros procedentes de esas operaciones militares, en el párrafo 2, de conformidad con el derecho consuetudinario, se prevé la siguiente obligación: “no serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”. Al párrafo 4 del mismo artículo, se prohíben los ataques indiscriminados, es decir, los ataques o cualquier acto de violencia que: a) no estén dirigidos



Todavía, con respecto al cargo n. 10, de los ataques ilegales contra de la población civil, también esas conductas se considerarían prohibidas y merecedoras de persecución penal por el art. 52 del Protocolo Adicional I. La Sala se ha referido al caso *Fiscal vs Kordić and Čerkez* en el que se pronunciaron sobre la naturaleza del Protocolo Adicional constituyente, además que parte del derecho consuetudinario, también, en cuanto tratado, vinculante para los Estados<sup>63</sup>.

Por último, en cuanto al cargo n. 11 de toma de rehenes, aunque esta conducta fuese tampoco mencionada por el art. 3 como crimen de guerra, su persecución según la Sala – con referencia al caso *Blaškić*<sup>64</sup>– derivaría del Artículo 3(1)(b) común a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>65</sup>, de los artículos 34 y 147<sup>66</sup> del cuarto Convenio de Ginebra, del art. 75 (2) (c) del Protocolo Adicional n.1, e, incluso, del art. 1 de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes<sup>67</sup>.

### **3.3. *El nulla poena sine lege y el Estatuto del TPIY***

---

contra un objetivo militar concreto; b) no empleen métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o c) empleen métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil. Es decir, quedan prohibidos los ataques o actos de violencia que, aunque estén dirigidos contra un objetivo militar, causen de hecho muertos o heridos entre la población civil o destruyan bienes de carácter civil, incluida la infraestructura civil, de manera desproporcionada.

<sup>62</sup> El art. 13, párrafo 2, del Protocolo II dicta lo siguiente: “quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”.

<sup>63</sup> *Fiscal vs Kordić and Čerkez*, Sala de Apelación, IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004, párrafo 41: “The Appeals Chamber notes that the Trial Chamber considered that Article 3 of the Statute covers not only violations which are based in customary international law but also those based on treaties. It found that Additional Protocol I constituted applicable treaty law in the present case, and found that “whether [Additional Protocol I] reflected customary law at the relevant time in this case is beside the point”. A confirmación, las palabras del Secretario General (Report of the Secretary-General, párrafo 34 en *Fiscal vs Kordić and Čerkez*, cit., párrafo 44, p. 12) que dictaron lo siguiente: “the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise”.

<sup>64</sup> *Fiscal vs. Blaskić*, Sala de Apelación, IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párrafo 639, nota al pie 1332.

<sup>65</sup> Véase Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios De Ginebra en nota 52.

<sup>66</sup> El art. 34 de la Cuarta Convención, titulado dicta lo siguiente: “Está prohibida la toma de rehenes”; el art. 147, a la vez dicta lo siguiente: “Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, (...), la toma de rehenes, (...)”.

<sup>67</sup> El art. 1 de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (adoptada por la Asamblea de N.U. con resolución 34/146 de 17 de diciembre de 1979 y entrada en vigor el 3 de junio de 1983 de conformidad con el art. 8) dicta lo siguiente: “toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará “el rehén”) o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención”.



En cuanto al *nulla poena*, el art. 24 del Estatuto del TPIY establece:

“La Cámara de Primera Instancia sólo impone penas de prisión. Para fijar las condiciones del encarcelamiento, la Cámara de Primera Instancia recurre a las normas de penas de prisión aplicada por los tribunales de la ex-Yugoslavia. Al imponer cualquier pena, la Cámara de Primera Instancia tiene en cuenta *facto res* como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado. Además del encarcelamiento del condenado, la Cámara de Primera Instancia puede ordenar la restitución a sus propietarios de todos los bienes y recursos que les hayan sido arrebatados por medios ilícitos, incluyendo la coerción”.

En efecto, los trabajos preparatorios del Estatuto del TPIY fueron inspirados en el principio del *nulla poena* y el Proyecto de Estatuto se mostró prácticamente receloso con respecto a los precedentes del precursor Tribunal de Núremberg que admitieron la pena de muerte, y hubo un cambio de dirección al establecer que se pueden imponer exclusivamente las penas de prisión previstas generalmente en la práctica de los tribunales yugoslavos<sup>68</sup>.

No obstante la exclusión de la pena de muerte, en principio pareció que la pena máxima fuese de veinte años. Un miembro permanente del Consejo de Seguridad de N. U. declaró que el encarcelamiento a perpetuidad fuese la única forma de reemplazo de la pena de muerte<sup>69</sup>, no obstante varios Estados, incluso aquel de Yugoslavia, habían abolido dicha sanción considerada cruel, inhumana y degradante<sup>70</sup>. Aún así, se admitió la pena máxima del encarcelamiento a perpetuidad (Regla 101A)<sup>71</sup>, teniendo en cuenta factores como la gravedad de la infracción, la situación personal del condenado, las circunstancias agravantes y atenuantes. El Estatuto, además, estableció, al art. 7, los elementos para atribuir la responsabilidad penal individual<sup>72</sup> y, al art. 28 los requisitos por los que el acusado puede verse beneficiado de indulto y conmutación de pena<sup>73</sup>.

En los años de los procesos ante este Tribunal, en unos casos fue aplicada la pena máxima de veinte años y en otros se aplicó una pena mayor sin seguir una regla estricta: en el caso *Tadic*, por las gravísimas violaciones de las Convenciones de Ginebra la Sala de Apelación aumentó la pena a 25 años; Vladimir Šantić, también fue

---

<sup>68</sup> COREL, H., TURK., H., THUNE, G. H., *Proposal for an International War Crimes Tribunal for the former Yugoslavia, 1993, párrafo 49-53 y 111-112.*

<sup>69</sup> Madeleine Albright, UN Doc. S/PV.3217 (1993).

<sup>70</sup> SCHABAS, W., cit., párrafo 527.

<sup>71</sup> BASSIOUNI M. C., MANIKAS P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1996, párrafos 701-702.*

<sup>72</sup> Véase art. 7 en nota 18.

<sup>73</sup> El art. 28 del Estatuto dicta lo siguiente: “si el condenado puede beneficiarse de un indulto o de una conmutación de pena en virtud de las leyes del Estado en la cual está preso, ese Estado avisa al Tribunal. El Presidente del Tribunal, de acuerdo con los jueces, decide según los intereses de la justicia y los principios generales del derecho”.



condenado, a 25 años<sup>74</sup>; Goran Jesilić y Tihomor Blaškić fueron condenados, respectivamente, a 40 y 45 años<sup>75</sup>; en el caso *Erdemović* las acusaciones de crímenes contra la humanidad cometidos en Srebrenica en julio de 1995, llevaron a la aplicación de la ley yugoslava que no contenía referencia sobre dichos tipos de crímenes<sup>76</sup>. En el caso *Delalić* fue aplicada la pena del encarcelamiento a perpetuidad<sup>77</sup> especificando que no fuese en contraste con el principio del *nulla poena*; ahora bien, en el caso Karadžić se ha aplicado la pena de prisión de 40 años de cárcel, sin ninguna continuidad con los precedentes.

Efectivamente, el Tribunal confirmó el objetivo mostrado por el anterior Tribunal de Núremberg de castigar con las penas más severas a los perpetradores de tales barbaridades, sin contar con el contraste con el art. 24. Se puede, así, constatar la mala aplicación del principio *nulla poena* que debería prescribir la aplicación de unas penas predeterminadas claras y precisas aplicables a todos los crímenes sobre los que el TPIY tiene jurisdicción, sin distinción *in abstracto* en base a su injusticia y gravedad, mientras que en el Estatuto se especifica: “teniendo en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado” (párrafo 2, art. 24), y las circunstancias establecidas *ex art.* 101 (Reglas de Procedimiento y Prueba)<sup>78</sup>, es decir, se genera ambigüedad ya que estos elementos representarían en conjunto el único criterio-guía para determinar la pena que no es cierta: no hay la previsión de penas mínimas o máximas sino se remite a la práctica del ordenamiento yugoslavo y a penas de su Código Penal que no se especifican y que, en realidad, ni son vinculantes, cabiendo, incluso, la posibilidad de que se condene “en exceso a esa práctica”<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> *Fiscal vs Kupreškić et al.*, Sala de Primera Instancia, IT-95-16-T, 14 de enero de 2000, párrafos 567-636; en la Apelación (Sala de Apelación, IT-95-16-A, 23 de octubre de 2001) la pena fue reducida a dieciocho años.

<sup>75</sup> *Fiscal vs Jesilić*, Sala de Primera Instancia, IT-95-10-T, 14 de diciembre de 1999, párrafo 61; *Fiscal vs Tadić*, Sala de Apelación, IT-94-1-A, 15 de julio de 1999.

<sup>76</sup> *Fiscal vs Erdemović*, Sala de Primera Instancia, IT-96-22-T, 29 de noviembre de 1996, 108 ILR 180, párrafo 35: “The Trial Chamber notes that a crime against humanity as defined in Article 5 of the International Tribunal's Statute is not, strictly speaking, provided for the Criminal Code of the Former Yugoslavia. Upon examination of this code, however, the Trial Chamber is of the opinion that the only principle which should be given weight is this: that the code reserve its most severe penalties for crimes, including genocide, which are of similar nature to crimes against humanity”.

<sup>77</sup> *Fiscal vs Delalić*, Sala de Primera Instancia, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párrafo 1194.

<sup>78</sup> El art. 101 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY dicta que se tengan en cuenta, además de los factores mencionados por el art. 24, párrafo 2 del Estatuto, de otros factores como: cada circunstancia agravante; cada circunstancia atenuante, incluyendo la cooperación del condenado con el Fiscal; la práctica general en tema de condenas por parte de los Tribunales de Yugoslavia; las eventuales condenas sobre los mismos hechos (principio del *ne bis in idem*).

<sup>79</sup> *Fiscal vs Radovan Karadžić*, Versión Pública Redactada, Sala de Primera Instancia, IT-95-5/18-T, 24 de marzo de 2016, en: [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf), párrafo 6038 Y 6039, p. 2526. El texto de la sentencia: “While the Statute requires the Chamber to take into account the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia, ‘such practices only provide guidance and are not binding’. If a Trial Chamber imposes a sentence in excess of the practice of the courts in the former Yugoslavia, this does not violate the principle of *nulla poena sine lege*, because the Trial Chamber is bound to apply the law of the Tribunal and not of the former





#### 4. Conclusiones

A la luz de lo tratado en este trabajo, en el ámbito de la sentencia contra a Radovan Karadžić, hemos comprobado cómo el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* ha resultado infringido. El principio de legalidad en el sistema penal internacional, caracterizado por la ausencia de un órgano legislativo, ha sido entendido como *nullum crimen sine iure*, un mero principio de justicia, que enfatiza la justicia del castigo de esas terribles conductas estableciendo más bien un estándar de mínimos, de juridicidad más que de estricta legalidad, sin dar lugar a derechos subjetivos individuales ni limitar la soberanía del Estado, sino pudiendo ser legítimamente inaplicado contrariamente a los postulados clásicos de derecho penal que en ningún caso consideran admisible un derecho penal “no escrito”. Ahora, como hemos visto, ya según la nueva interpretación del TEDH del art. 7 del CEDH se consiente una abertura al sistema de justicia de tipo *common law* poniendo al mismo nivel tanto el derecho de origen legislativo como aquel de derivación jurisprudencial, independientemente de su carácter escrito o no, y permitiendo considerar como fuentes del DPI la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho, menoscabando el principio del legalidad penal y su garantía de reserva absoluta de ley en sentido formal. La validez de conceptos como los de previsibilidad, accesibilidad y especificidad de las normas no se pueden satisfacer a través de un derecho consuetudinario cuyas fuentes no escritas ofrecen menos garantías desde esas perspectivas ni resultan admisibles normas aplicables *ex post facto*, o definiciones de crímenes vagas e inciertas o sanciones generales o indeterminadas, ni la posibilidad de consentir a los jueces un poder discrecional para interpretar unas normas o hacer eventualmente referencia a casos análogos.

En cuanto al *nullum crimen*, el art. 3 del Estatuto del TPIY, al tipificar los crímenes de guerra, prevé el uso de la formulación “sin que la lista sea exhaustiva” que mal se concilia con el principio de legalidad, de tipicidad y de prohibición de analogía, creando incertidumbre a nivel jurídico otorgando a los jueces mayor discrecionalidad para perseguir cada violación del derecho internacional humanitario no cubierta o

---

Yugoslavia, and the accused must have been aware that the crimes for which he is indicted are the most serious violations of international humanitarian law, punishable by the most severe of penalties”. El texto – no obstante se refiere a los precedentes (Apelación al caso Blaškić, párrafo 681; y Apelación al caso Čelebići, párrafos 816–817) – nos confirma que dicha práctica de los tribunales yugoslavos no es vinculante y que cabe la posibilidad de que se pueda imponer una sentencia en “exceso sin que se viole el *nulla poena sine lege* sólo porque “el acusado tiene que ser consciente de que los crímenes que le se imputan constituyen las violaciones más graves del derecho internacional humanitario y que, por lo tanto, pueden ser castigables con las penas más severas”.<sup>79</sup> La referencia a la práctica general del ordenamiento yugoslavo en materia de aplicación de penas resulta, entonces, meramente indicativa y no mandatoria. No consideramos suficiente estas consideraciones o justificaciones que son contrarias por completo a los postulados clásicos del principio de legalidad que prescriben penas predeterminadas y ciertas, es decir, cuantificables sin posibilidad alguna de exceso. Por ello, en realidad consideramos que se viola por completo el principio *nulla poena sine lege*.



enumerada por los arts. 2 a 5 del Estatuto. Se ha visto que algunos de los cargos de crímenes de guerra formulados contra del Karadžić aunque no sean expresamente previstos y perseguibles como crímenes *ex arts. 2 y 3* del Estatuto, se fundamentan en otras fuentes de DIH.

Podemos resumir, que la misma prescripción, impuesta por el principio de legalidad, de una interpretación “estricta”, que no exceda nunca el tenor literal de las normas y de los tipos penales, y que constituiría un límite infranqueable, se convierte en un obstáculo de fácil elusión al estar siempre en las manos de los jueces la última palabra vista la naturaleza consuetudinaria de las normas de DPI y de DIH, la cual plantea problemas desde el punto de vista del *nullum crimen, nulla pena* que, en principio, excluye la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional. Por otro lado, no creemos que el uso de la analogía, visto exclusivamente desde el punto de vista interpretativo, pueda causar problemas sino que esa técnica interpretativa pueda consentir a los jueces de hacer referencia a otras normas, disposiciones o párrafos del Estatuto o de otras fuentes consuetudinarias para eliminar las dudas que puedan surgir con respecto a la lista no-exhaustiva de los crímenes. Estamos de acuerdo con la doctrina que afirma que: “donde la innovación judicial sea pequeña, poco controversia y consistente con la configuración de la acción legislativa, hay menor riesgo de frustración de la elección legislativa”. Sería preferible añadir: “cuando haya simplemente que reconstruir el significado de unas disposiciones o normas del Estatuto y siempre que no se creen perjuicios para el imputado”.

No podemos sino constatar el carácter “híbrido” del Estatuto ya que, si bien debería conformarse al principio de legalidad – en todas sus exteriorizaciones, los llamados corolarios – actualmente ya reconocido a nivel mundial, y por tanto aceptando una interpretación restrictiva en el ámbito de la tipificación de los crímenes, confiere, al mismo tiempo, un amplio poder discrecional al juez a la hora de la tipificación de una conducta como crimen. Como diría KELSEN: “la obra de los jueces pasa a ser la continuación del proceso de producción del derecho”.

En cuanto al *nulla poena*, el art. 24 del Estatuto del TPIY prevé la pena de prisión – hasta perpetuidad (Regla 101A) – teniendo en cuenta, para cualquier tipo de crimen, de factores como la gravedad del crimen, la situación personal del condenado, las eventuales circunstancias agravantes y atenuantes, la referencia a la practica general del ordenamiento yugoslavo en materia de aplicación de penas (Regla 101B), más la preocupación por la lesión del principio *ne bis in idem* – que, según lo visto, es meramente indicativa y no mandatoria, advertida como causa de tratamientos discriminatorios – y el eventual cumplimiento (también en otro estado) de parte de condena sea como pena que bajo el régimen de custodia cautelar (Regla 101C) por el mismo hecho. Creemos que para la imposición de pena de máximo nivel de la cadena



perpetua deberían tenerse en cuenta y ser previstos factores más específicos para su conminación.

En general podemos constatar la falta de determinación de las penas previstas en el Estatuto, que son muy genéricas y confieren a los jueces demasiada discrecionalidad. El Estatuto no ofrece un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales que contienen marcos penales con penas mínimas y máximas sino se destaca por los siguientes caracteres: generalidad y ambigüedad. En cuanto a la generalidad, porque las penas máximas previstas en el Estatuto son aplicables a todos los crímenes, sin distinción en abstracto en base a su ilícito y gravedad; en cuanto a la ambigüedad, el estándar de gravedad representa el solo criterio-guía de determinación de la pena. Es evidente que no podemos hablar de *lex certa*, en el sentido de precisión y determinación de los crímenes y de las penas: no hay la previsión de penas mínimas o máximas en el Estatuto y se remite – sin que sea vinculante – a la practica general, es decir, a las penas del ordenamiento yugoslavo que no se especifican, cabiendo, incluso, la posibilidad de que se condene “en exceso a esa practica”, hipótesis que causan la “desformalización” o reducción de la carga normativa del principio de legalidad también en su vertiente del *nulla poena*. Más respetuosa del principio de legalidad resultaría la asignación clara y predeterminada de penas específicas a delitos ya tipificados, mediante la identificación de la especie de la pena y el establecimiento de una escala penal para cada tipo.

Este sistema seguramente tiene unas ventajas considerables ya que proporciona una respuesta más adecuada a cada caso concreto, pero, así, se condiciona y se contradice el fundamento del principio de legalidad que debería regir el entero sistema penal internacional asegurando, por un lado, el conocimiento de los comportamientos vetados y prohibidos por el ordenamiento internacional, y, por otro, la previsión de las penas como consecuencia jurídica de aquellos comportamientos vetados. Hay que subrayar, una vez más, que todo este conocimiento debe ser aportado ya con anterioridad a la comisión del hipotético crimen. Otra consecuencia negativa de esta situación es la eventualidad de dar lugar a una discriminación o diferencia de tratamiento entre quien se le aplica un tipo de crimen u otro y quien sea tratado con una pena u otra. A estos eventuales inconvenientes el Estatuto ofrece el único remedio del recurso de apelación, aunque estamos hablando de fallos de naturaleza indiscutible que, atentando contra la correcta delimitación de crímenes y penas, no pueden que reducir el valor del principio de legalidad de los crímenes y de las penas y, de consecuencia, el papel del entero Tribunal Internacional que se ocupa de juzgar actos tan crueles y que debería asegurar certeza jurídica y no incertidumbre e inseguridad.

Efectivamente, hemos constatado una falta de homogeneidad de penas entre las condenas mencionadas y aquella reciente dictada para Radovan Karadžić, ex Presidente de Bosnia y Herzegovina por lo cual Vasvija Kadić, de la asociación Madres de Srebrenica, ha definido como vergonzosa y ofensiva la falta de condena a cadena



perpetua; Mladen Bosic, líder del SDS (antiguo partido de Karadžić), ha afirmado que espera que "se corrija esa injusticia" en el proceso de apelación; el abogado Peter Robinson ya ha anunciado que su asistido presentará recurso de apelación contra de esa sentencia histórica<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup><http://www.balcanicaucaso.org/aree/Bosnia-Erzegovina/Karadzic-40-anni-169443>;  
<http://www.emol.com/noticias/Internacional/2016/03/24/794815/Condenan-a-40-anos-de-carcel-a-ex-lider-serbobosnio-Radovan-Karadzic-por-genocidio.html>; <http://www.rivistaeuropae.eu/interno/giustizia-affari-interni/karadzic-fu-genocidio-niente-ergastolo/>.