



El proceso contra Slobodan Milosevic: Un balance provisional*

Prof. Dr. Kai Ambos

Universidad de Friburgo/Gotinga

SUMARIO: I. Comentario preliminar. II. La acusación respecto de Kósovo. III. La acusación respecto de Croacia. IV. Acusación respecto de Bosnia. V. Conclusión.

I. Comentario preliminar

El 25 de febrero de 2004, casi cinco años después de la confirmación judicial de la acusación¹, concluyó el alegato de la acusación en el proceso seguido en contra de Slobodan Milosevic ante el tribunal de la ONU para la ex-Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* —ICTY—). El art. 98bis de las reglas de procedimiento y prueba del Tribunal² le permiten al acusado solicitar, dentro de siete días y, en todo caso, antes del comienzo del alegato de la defensa, una absolución respecto de uno o varios puntos de acusación, bajo la fundamentación de que las pruebas presentadas hasta ese momento serían insuficientes (*insufficient*) para una condena.

Esta disposición proviene del procedimiento penal anglo-americano y recalca su carácter adversarial con la dicotomía *“prosecution and defense case”*. Su *ratio* está estrechamente ligada a la existencia de un jurado, en cuanto se considera a sus integrantes como necesitados de especial protección con miras a la presentación de pruebas insuficientes o no sólidas y del peligro aso-

ciado de una condena injusta³. Por consiguiente, esta disposición no se puede trasladar sin más a tribunales penales internacionales, en cuanto éstos están compuestos por jueces profesionales que debieran estar en condiciones de valorar adecuadamente la calidad de las pruebas presentadas⁴. Es así como la Sala de apelación del ICTY ya concretizó, en resoluciones anteriores, el grado de sospecha en el sentido de que el tribunal de primera instancia debiera comprobar “si existen pruebas en virtud de las cuales un tribunal de primera instancia pueda ser convencido, más allá de dudas razonables, de la culpabilidad del acusado” (*“could be satisfied beyond reasonable doubt of the guilty of the accused”*)⁵. Por ende, no sería decisivo si el tribunal de primera instancia/los hechos efectivamente debiese llegar o llegaría, más allá de una duda razonable, a una condena, sino si *podiese* llegar a ella. Por lo tanto, a la inversa, no es necesario que deba llegar a la conclusión de “que ningún tribunal de primera instancia, sensato, podría considerar suficientes las pruebas presentadas, más allá de las dudas razonables”⁶.

* Originalmente publicado en *Juristenzeitung* (JZ) 2004, p. 965-967. Traducido por RODRIGO ALDONEY RAMÍREZ, LL.M., Friburgo/Gotinga; revisión del autor.

1. *Prosecutor v. Milosevic et al.*, Decision on Review of Indictment and Application for Consequential Orders, 24 de mayo de 1999
2. Rules of Procedure and Evidence, última modificación del 6 de abril de 2004, www.un.org/icty
3. Cfr. *Prosecutor v. Milosevic*, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 de junio de 2004 (IT-02-54-T), para. 11 y ss. con ulteriores referencias.
4. Cfr. asimismo la “Separate Opinion” del Richter Robinson (en el anexo de la sentencia), el que aboga, por tal razón, por una modificación de la vara de acreditación y una limitación de la regla de procedimiento 98bis.
5. Cfr. *Prosecutor v. Delalic*, sentencia del 20 de febrero de 2001 (IT-96-21-A); *Prosecutor v. Jelusic*, sentencia del 5 de julio de 2001 (IT-95-10-A), para. 37.
6. *Prosecutor v. Jelusic*, supra nota 5, para. 56: “no reasonable trier of fact could find the evidence sufficient to sustain a conviction beyond reasonable doubt ...”

Los *amici curiae* designados por el Tribunal — Milosevic rechaza la asignación de un defensor— hicieron uso del derecho previsto en la regla de procedimiento 98*bis* y solicitaron el 3 de marzo de 2004 una absolución parcial respecto de los complejos acusatorios Kósovo, Croacia y Bosnia⁷. La siguiente exposición se limita a las preguntas jurídicas que se plantean.

En relación con los *hechos concretos imputados* a Milosevic, vale decir, los hechos principales o “crímenes bases” (“*crime base*”), sostienen los solicitantes que 185 no han sido probados en absoluto o lo han sido de manera insuficiente. La Sala da lugar a esto en el nada despreciable número de 97 casos. En lo que respecta a Kósovo, la solicitud se dirige en contra de siete casos en los que se trata, mayoritariamente, supuestas deportaciones de población civil (albana). Sin embargo, en todos estos casos la sala de la vista considera las pruebas como suficientes y, en tal sentido, rechaza la solicitud⁸. Con relación a los crímenes cometidos en la *guerra de Croacia*, los solicitantes se dirigen en contra de 16 casos (entre ellos asesinato y homicidio, exterminio, tortura y otros crímenes de guerra y de lesa humanidad). La Sala sólo admite completamente la solicitud en cuatro casos y en un caso respecto de una de las víctimas mencionadas, pero rechaza en lo demás la solicitud⁹. Respecto de *Bosnia*, los solicitantes se dirigen en contra de 82 casos respecto de los cuales la Sala sólo considera como suficientes las pruebas en 23 de ellos. Además, la Sala accede también a la presentación de los solicitantes respecto de 44 casos de francotiradores y 26 casos de disparos contra edificios en Sarajevo¹⁰.

II. La acusación respecto de Kósovo

La acusación imputa a Milosevic la comisión (mediata) de crímenes de guerra y de lesa humanidad en Kósovo, respecto de los cuales los correspondientes tipos del Estatuto del ICTY (“ICTYS”, aquí arts. 3 y 5) exigen la concurrencia de un *conflicto armado*. Los solicitantes refutan, en primer lugar, que haya existido un conflicto tal

antes del 24 de marzo de 1999, es decir, antes del momento del inicio de los bombardeos de la OTAN. Según una definición, proveniente del fallo de apelación en el proceso Tadic¹¹, es de relevancia decisiva si en ese momento ya existía una “violencia armada continua entre fuerzas de gobierno y grupos armados organizados” (“*protracted armed violence*”). Por lo tanto, debe examinarse, por un lado, el grado de organización de las partes del conflicto y, por otra, la intensidad del conflicto. En definitiva, la Sala reconoce la existencia de un conflicto armado ya que, por un lado, el Frente de Liberación de Kósovo ya habría existido como organización estructurada militarmente y, por el otro, el conflicto habría estado serio y ampliamente extendido¹².

La segunda objeción se refiere a la correcta interpretación de los tipos de la *deportación o traslado ilegal* (“*deportation or transfer*”) de civiles, en el sentido del art. 2 (g) y art. 5 (d) del ICTY, a lo cual los solicitantes aducen que las pruebas presentadas por la fiscalía son suficientes respecto del traslado, no así respecto de la deportación¹³. En cuanto a la diferencia entre ambos tipos, la Sala manifiesta, tomando en consideración la jurisprudencia anterior y la práctica en la aplicación del tratado, que la deportación implicaría el traslado involuntario *más allá de las fronteras nacionales*, mientras que el traslado se referiría al cambio de lugar *dentro de un mismo Estado*¹⁴. Esto tiene como consecuencia, para el ámbito de protección penal de las normas referidas, que ellas, en todo caso, protegen de cambios de lugar involuntarios, independientemente de si se efectúan de modo transfronterizo (entonces deportación) o no (entonces traslado)¹⁵.

III. La acusación respecto de Croacia

En relación con las acciones bélicas, la acusación le imputa a Milosevic la comisión de graves infracciones a las convenciones de Ginebra (art. 2 ICTYS). Estos tipos presuponen la existencia de un conflicto armado *internacional*, por lo que se deben encontrar al menos dos Estados en un en-

7. Prosecutor v. Milosevic, supra nota 3, paras. 4 y s.

8. Ibid., paras. 81 y s.

9. Ibid., para. 116.

10. Ibid., para. 309 así como 310 y ss.

11. Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-AR 72), para. 70.

12. Cfr. Prosecutor v. Milosevic, supra nota 3, para. 23 y ss. (40).

13. Ibid., paras. 41 y ss. (44).

14. Ibid., paras. 45 y ss. (68).

15. Ibid., paras. 69 y s.

frentamiento bélico. En este sentido los solicitantes exponen que Croacia, como muy temprano, se habría convertido en un Estado el 15 de enero de 1992, a partir del reconocimiento por la Comunidad Europea. De tal modo, recién desde entonces sería posible hablar de un conflicto internacional entre la República Federal de Yugoslavia y Croacia¹⁶. La Sala tampoco acoge la solicitud a este respecto. Según su apreciación, Croacia habría adquirido su calidad de Estado, en el sentido del Derecho internacional, ya el 8 de octubre de 1991. Ya entonces Croacia habría cumplido los requisitos contenidos en el art. 1 de la Convención de Montevideo sobre derechos y obligaciones de los Estados, del 26 de diciembre de 1933, vale decir, la existencia de un territorio del Estado, de un gobierno y de la capacidad para establecer relaciones diplomáticas¹⁷.

IV. Acusación respecto de Bosnia

En el centro de la acusación respecto de Bosnia se encuentra la imputación de *genocidio*, como se acreditó, de modo especialmente insistente, en el proceso por la muerte de entre siete y ocho mil musulmanes bosnios en la ciudad del este de Bosnia, Srebrenica¹⁸. A este respecto, también resulta problemática la *imputación* de los hechos a Milosevic y los solicitantes manifiestan que éste no habría *intervenido* de ningún modo en un genocidio ni habría tenido la *intención de destrucción*, necesaria para ello¹⁹. La Sala confirma, en primer lugar, la jurisprudencia permanente de los tribunales, en el sentido de que el genocidio representaría un delito con una intención de destrucción específica y que debiera dirigirse en contra de alguno de los grupos protegidos como tales²⁰. La intención debiera tener por objetivo la destrucción de una parte importante del grupo, lo que se podría determinar cuantitativa o cualitativamente²¹.

En cuanto a la *prueba* de la intención de destrucción, si bien la autoridad acusadora concede que aquélla apenas existiría en cuanto a la intervención de Milosevic, señala que ésta también podría comprobarse a partir de pruebas de indicios²².

En lo que respecta a la decisiva *imputación concreta* a Milosevic de los actos genocidas acreditados, la Sala pretende distinguir *cinco formas de imputación*. En relación con este aspecto sólo debía aclarar, según la regla 98bis, si las pruebas presentadas por la autoridad acusadora *podrían* ser suficientes²³. En primer lugar, la Sala se sirve de la figura de imputación, desarrollada por la Sala de apelación del caso Tadic²⁴, de la “empresa criminal conjunta” (“*joint criminal enterprise*”) y se pregunta, en sentido de una primera categoría (“*jce I*”), entendida como coautoría (“*co-perpetration*”), si el acusado intervino en una empresa que haya estado dirigida a la destrucción de los musulmanes bosnios, como grupo protegido²⁵. En esto, la Sala comprueba, en primer lugar, que habría existido una empresa criminal tal, analizando escrupulosamente los lugares señalados y las pruebas presentadas por la fiscalía²⁶. De las pruebas presentadas sería posible derivar la intención de destrucción genocida de la dirección serbio-bosnia. El alcance y el patrón de los ataques, en concreto el gran número de musulmanes muertos, su detención, su tratamiento brutal en los campos de prisioneros y en otras situaciones y la elección de miembros especialmente importantes del grupo, apuntarían todos en dirección a un genocidio²⁷. Del material presentado se seguiría también (“más allá de una duda razonable”), que el acusado habría intervenido en esta empresa y habría compartido la intención de destrucción de los otros miembros, vale decir, también la habría poseído²⁸. La Sala se apoya en tal sentido en la extraordinaria autoridad que Milosevic ejercía sobre

16. *Ibid.*, paras. 83 y s.

17. *Ibid.*, paras. 85 y ss. (115).

18. Cfr. *Prosecutor v. Krstic*, sentencia del 2 de agosto de 2001 (IT-98-33-T); *Prosecutor v. Krstic*, sentencia del 19 de abril de 2004 (IT-98-33-A).

19. *Prosecutor v. Milosevic*, supra nota 3, para. 117.

20. *Ibid.*, paras. 118 y ss.

21. *Ibid.*, paras. 127 y ss. (132).

22. *Ibid.*, paras. 120 y ss.

23. *Ibid.*, para. 141.

24. *Prosecutor v. Tadic*, sentencia del 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A), paras. 172-237 (220, 227 y s.)

25. Respecto de la forma de imputación propia del Derecho Penal internacional véase ya *joint criminal enterprise Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002/2004, pp. 277 y ss., 325 p., 549 p., 559 (versión en castellano próximo a salir); Werle, *Völkerstrafrecht* 2003, núm. 405 con nota 317.

26. *Prosecutor v. Milosevic*, supra nota 3, paras. 144 y ss. (246).

27. *Ibid.*, para. 246.

28. *Ibid.*, paras. 249 y ss. (288).

la población serbia, su aprobación y el apoyo activo respecto de la creación de un reino de la Gran Serbia, el apoyo logístico y financiero de los serbios bosnios, la estrecha relación de Milosevic con la dirección serbio-bosnia, especialmente con Radovan Karadzic, su conocimiento íntimo de los sucesos y, finalmente, el alcance y el patrón de los crímenes cometidos. Con ello la Sala confirma la imputación más grave que se le puede formular a Milosevic, la de ser *coautor de un genocidio*. También será la imputación más difícil de probar en la siguiente vista oral. Ya en este estado procesal existe *disenso* al respecto: el juez Kwon, si bien concuerda con la Sala respecto de la intervención de Milosevic en el genocidio considera, en cuanto al aspecto subjetivo, a lo sumo, suficientemente acreditado, un conocimiento acerca de la existencia del genocidio, no así una intención de destrucción propia de Milosevic. La intención de destrucción no se podría, sin más, derivar del conocimiento del acusado y se encontraría, a partir de las pruebas rendidas, sobre una base demasiado insegura. Por lo tanto, el juez Kwon ya considera a Milosevic como absuelto en este estado del proceso con miras al *jce I* en coautoría²⁹.

Si bien, por lo tanto, hubo controversia en la Sala sobre esta cuestión, respecto de los cuatro restantes hubo unanimidad. Inicialmente la Sala analizó la tercera categoría del *joint criminal enterprise* ("*jce III*") y se cuestionó si el acusado habría sido interviniente en una empresa criminal y si habría sido *objetivamente previsible* ("*reasonably foreseeable*") para él, que, en el marco de esta empresa, se cometería, por los otros intervinientes, un genocidio. Por cuanto la mayoría de la Sala ya había acogido la más estricta *jce I* se sigue, en cierto modo con mayor razón, la aprobación, en tal sentido unánime, del *jce III* por cuanto al respecto sólo se exige la mera previsibilidad del genocidio³⁰. Si bien la Sala establece, con razón, que entre la *jce I* y *III* existiría una relación de exclusividad, deja empero la decisión definitiva a la Sala de la vista oral³¹. En el fondo, con ello, que-

da reconocida por el ICTY, en todo caso, la tercera categoría de *jce*, que se encuentra peligrosamente cerca de una responsabilidad objetiva por el resultado³².

Seguidamente la Sala analiza en forma conjunta las *formas de participación* en el genocidio, como son la participación (en coautoría) ("*complicity*") según el art. 4 (3) (e) ICTYS y la complicidad según el art. 7 (1) ICTYS³³. También en ese aspecto la Sala considera las pruebas como suficientes, considerando la *complicity* como *lex specialis* respecto de la complicidad general, queriendo también dejar pendiente la resolución definitiva de esta pregunta para la vista oral³⁴.

Finalmente la Sala debe decidir si Milosevic podría ser responsabilizado sobre la base de la característica figura de imputación del Derecho Penal internacional de la responsabilidad del superior o por el mando ("*command/superior responsibility*")³⁵, en este caso según el art. 7 (3) Estatuto de la ICTY. Mientras la Sala no parece ver, en tal sentido, un problema en los requisitos propios de esta figura de imputación, especialmente en cuanto al control fáctico sobre las tropas activas en Bosnia por parte de Milosevic y respecto de sus consecuentes posibilidades de intervención se presenta, sin embargo, la pregunta de si se puede hacer responsable al superior que responde por omisión, también imprudente, por un hecho que exige un elemento subjetivo especial del tipo (la intención de destrucción genocida). Planteado en forma concreta: puede hacerse también responsable a un superior, que no vigila, de modo (gravemente) imprudente, suficientemente sus tropas, a pesar de *carecer precisamente él mismo de la intención de destrucción*. La Sala, eso sí, no aborda esa pregunta, sino que sostiene de modo apodíctico y bajo referencia a un fallo anterior de la Sala de apelaciones³⁶ que, en tal sentido, resulta suficiente la mera previsibilidad y que, por ende, el superior no requeriría actuar él mismo con intención de destrucción³⁷. De seguirse esta posición no se podría, eso sí, hacer al superior res-

29 Cfr. la "Dissenting opinion" del juez O-Gon Kwon, 16 de junio de 2004 (en el anexo a la sentencia).

30 Prosecutor v. Milosevic, supra nota 3, paras. 290 y ss. (292).

31 Ibid., para. 293.

32 Cfr. anteriormente la Sala de apelaciones en Prosecutor v. Brdanin, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 19 de marzo de 2004 (IT-99-36-A).

33 Prosecutor v. Milosevic, supra nota 3, paras. 294 y ss.

34 Ibid., para. 297; a favor de la *lex specialis* ya Prosecutor v. Stakic, sentencia del 31 de julio de 2003 (IT-97-24-T), para. 531; Prosecutor v. Krstic, supra nota 18 (Appeals Chamber), para. 138.

35 Prosecutor v. Milosevic, supra nota 3, paras. 300 y ss. Respecto de la responsabilidad del superior en detalle /Ambos/, supra nota 25, pp. 666 y ss.; /Werle/, supra nota 25, núm. 178 y ss.

36 Prosecutor v. Brdanin, supra nota 32, paras. 5-7

37 Prosecutor v. Milosevic, supra nota 3, para. 300.

ponsable *como autor* de un genocidio ya que carecería al respecto de un elemento (subjetivo) del tipo. La deficiente vigilancia de un superior sobre sus subordinados (militares) sólo puede ser valorada como autoría (por omisión) cuando el superior, precisamente en el sentido del *jci I*, posea, *él mismo*, el dolo exigido para el crimen base. De otro modo, sólo resulta posible una *participación* en los crímenes base de los subordinados. Justamente hace una diferencia, en cuanto al contenido de injusto y de culpabilidad, si el superior (co)realiza el hecho por medio de una omisión dolosa o si (solamente) participa en él, infringiendo imprudentemente un deber de cuidado³⁸. Es por ello, que el Código Penal internacional alemán ("*Völkerstrafgesetzbuch*"-VStGB) distingue acertadamente entre una responsabilidad en calidad de autor del superior en caso de dolo (§ 4) y una participación (también) en caso de una lesión imprudente del deber de vigilancia o de la omisión de la comunicación de un delito (§§ 13 y 14 VStGB).³⁹

V. Conclusión

En general, la Sala apoya la presentación de la acusación, debiendo destacarse especialmente la imputación (indirecta) de los crímenes base acreditados en el complejo de antecedentes respecto de *Bosnia* mediante numerosas figuras de imputación propias del Derecho Penal internacional. Por cierto, no debe omitirse que la vara de acreditación, según la regla 98*bis*, aplicada por la Sala, no se puede equiparar a la convicción a la que debe arribar en definitiva el tribunal de primera instancia. No obstante ello, la decisión dirige el caso hacia una condena de Milosevic y esto especialmente recurriendo a las figuras de imputación, por cierto muy controvertidas, de la *jce III* y de la responsabilidad del superior. En ese sentido, se puede esperar que, a pesar del frágil estado de salud de Milosevic, la Sala de la vista oral tendrá oportunidad de ocuparse, de modo más diferenciado, de las preguntas de derecho planteadas.

38 Crítico respecto del art. 28 Estatuto de la CPI acertadamente también Weigend, *Festschrift* (Libro homenaje) a Roxin, München 2001, pp. 1375 y ss., 1396 p.

39 Aprob. Cassese, *Int. Criminal Law*, Oxford 2003, p. 206 s. ("excellent").