

Represión nacional

de las violaciones del derecho internacional humanitario

Carpeta informativa



Comité Internacional de la Cruz Roja
Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario
19, Avenue de la Paix
1202 Ginebra, Suiza
T +41 22 734 6001 F +41 22 733 2057
E-mail: advisoryservice.gva@icrc.org
www.icrc.org

0859/003 01.2004 500

Servicio de Asesoramiento
en Derecho Internacional Humanitario





CICR

SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Obligaciones en materia de represión penal

El derecho internacional humanitario (DIH) es un conjunto de normas cuyo objeto es proteger a las personas que no participan o no participan ya en las hostilidades, y a limitar los métodos y medios de guerra. Define también los mecanismos destinados a garantizar el respeto de dichas normas; entre ellos la prevención y, en su caso, la represión de las violaciones graves de este cuerpo de normas, cuya importancia es capital. Según el DIH, los personas que conculcan estas normas incurren en responsabilidad individual y los autores de violaciones graves han de ser perseguidos y castigados. En los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (CG) y su Protocolo adicional I (PA I) de 1977, así como en otros tratados, se establece la obligación explícita de los Estados Partes de sancionar penalmente las violaciones graves de las normas que contienen. La naturaleza y la extensión de dicha obligación varía de un tratado a otro, en particular con respecto al ámbito de aplicación material y personal de la represión, así como a la competencia en materia de persecución y enjuiciamiento.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977

Los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos adicionales están obligados a prevenir y poner fin a los actos contrarios a dichos instrumentos, que se cometan durante conflictos armados internacionales o no internacionales. Las medidas que deben adoptar los Estados a tal efecto pueden ser de naturaleza diversa e incluir sanciones penales, si fuera necesario.

Los Estados Partes, además, tienen obligaciones frente a algunas violaciones flagrantes del DIH, llamadas "infracciones graves". Se trata de actos concretos, enumerados en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo adicional I, entre los que se cuentan el homicidio intencional, la tortura y los tratos inhumanos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, así como algunas violaciones de las normas fundamentales relativas a la conducción de las hostilidades (CG I, art. 50; CG II, art. 51; CG III, art. 130; CG IV, art. 147; PA I, art. 11 y art. 85). Las "infracciones graves" se consideran crímenes de guerra (PA I, art. 85, párr. 5).

Represión de las "infracciones graves" de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I

En los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I se estipula claramente que las "infracciones graves" deben ser reprimidas. Los Estados Partes han de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer "infracciones graves", con independencia de la

nacionalidad del culpable y del lugar de comisión del crimen, en aplicación del principio de jurisdicción universal. Deben hacerlos comparecer ante sus propios tribunales o entregarlos a otro Estado, que haya reunido cargos suficientes contra ellos, para que sean juzgados (CG I, art. 49; CG II, art. 50; CG III, art. 129; CG IV, art. 146; PA I, art. 85, párr. 1). Para los Estados Partes en el Protocolo adicional I, esta obligación se extiende a las "infracciones graves" que resulten de una omisión contraria al deber de actuar (art. 86, párr. 1).

Para cumplir estas obligaciones, los Estados Partes tienen que adoptar las medidas legislativas necesarias para sancionar a los responsables de "infracciones graves", y más concretamente:

- promulgar leyes por las que se prohíban y repriman las "infracciones graves", aplicables a cualquier persona, sea cual sea su nacionalidad, que cometa u ordene cometer dichas infracciones; las mencionadas leyes regirán los actos cometidos tanto en el territorio nacional como fuera de éste;
- perseguir a las personas acusadas de haber cometido "infracciones graves" e incoar acciones contra ellas o extraditarlas para que sean juzgadas en otro Estado;
- encomendar a los mandos militares que impidan y pongan fin a los actos constitutivos de "infracciones graves" y adopten medidas contra aquellas personas que encontrándose bajo su autoridad se declaren culpables de dichas infracciones;
- brindarse ayuda judicial mutua en todo procedimiento relativo a "infracciones graves".

Los Estados deben cumplir estas obligaciones en tiempo de paz y durante los conflictos armados. Para que sean eficaces, deben adoptarse las medidas pertinentes antes de que puedan cometerse "infracciones graves".

Violaciones del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II (conflictos armados no internacionales)

En los tratados no se establece la obligación de reprimir estas violaciones. Sin embargo, existe un derecho de carácter consuetudinario que autoriza a los Estados a perseguir penalmente a los autores de dichas violaciones invocando el principio de jurisdicción universal. Las mencionadas violaciones se incluyen en la definición de crímenes de guerra contenida en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y se observa una tendencia creciente a incorporar sanciones al respecto en las legislaciones nacionales.

La Convención de La Haya de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado y su Segundo Protocolo de 1999

Las violaciones de la Convención

En la Convención se obliga a los Estados Partes a adoptar en el marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para perseguir e imponer sanciones penales o disciplinarias a aquellas personas que, con independencia de su nacionalidad, hayan cometido u ordenado cometer actos tipificados como infracción a dicha Convención (art. 28).

Esta obligación se extiende a las violaciones perpetradas durante conflictos armados internacionales y, en lo concerniente a las disposiciones relativas al respeto de los bienes culturales, durante los conflictos armados internos (artículos 19).

Las violaciones del Segundo Protocolo

Los Estados Partes en la Convención de 1954 y en el Segundo Protocolo tienen la obligación, en caso de conflicto armado internacional o no internacional, de:

- sancionar en su legislación nacional los actos intencionados, constitutivos de violaciones graves, contra bienes colocados bajo protección reforzada y la destrucción y apropiación de bienes a gran escala, enumerados en el artículo 15, párrafo 1, del Protocolo (art. 15, párr. 2);
- adoptar las medidas legislativas, administrativas o disciplinarias necesarias para poner fin a las demás conductas delictivas, en particular las que se definen en el artículo 21 del Protocolo;
- prohibir e impedir, en los territorios ocupados, los actos enunciados en el artículo 9, párrafo 1, del Protocolo.

Al incorporar en su derecho interno las sanciones contra las infracciones enumeradas en el artículo 15, párrafo 1, del Protocolo, los Estados tienen que definir la competencia de sus tribunales con arreglo a las circunstancias siguientes:

- para las infracciones contenidas en el artículo 15, párrafo 1, apartados d) y e), ateniéndose a las nociones de territorialidad y nacionalidad;
- para las infracciones contenidas en el artículo 15, párrafo 1, apartados a), b) y c), también en función de la mera presencia del presunto autor del delito sobre el territorio del Estado en cuestión (art. 16, párr. 1).

Los Estados Partes, además, deben actuar como en los supuestos de "infracciones graves" de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I, es decir, *procesar* o *extraditar* a los presuntos autores de las conductas que se enumeran en el artículo 15, párrafo 1, del Protocolo (art. 17).

La Convención de 1972 sobre armas biológicas

Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para prohibir y prevenir, sobre su territorio o en cualquier otro lugar bajo su jurisdicción o control, el desarrollo, la

fabricación, el almacenamiento, la adquisición o la conservación de agentes, toxinas y armas biológicas, así como de equipos y vectores destinados a su empleo (art. 4). Esta prohibición se observa en cualquier circunstancia (art. 1).

La Convención de 1976 sobre técnicas de modificación ambiental

Los Estados Partes tienen la obligación de tomar las medidas que consideren necesarias para prohibir y prevenir toda actividad contraria a las disposiciones de la Convención en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control (art. 4); véase, a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para causar destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte (art. 1).

El Protocolo II modificado, anexo a la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales (relativo al empleo de minas, armas trampa y otros artefactos)

Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, en particular las de carácter legislativo, para prevenir y reprimir las violaciones de las disposiciones del Protocolo cometidas por personas o en territorios sujetos a su jurisdicción o control (art. 14, párr. 1).

Los Estados Partes tienen, además, que imponer sanciones penales a las personas que, de forma deliberada, causen la muerte o heridas a civiles en el marco de un conflicto armado, en contravención de las disposiciones del Protocolo (art. 14, párr. 2). Esta obligación es aplicable en los supuestos de personas o territorios colocados bajo la jurisdicción o el control del Estado en cuestión, se cometa el acto constitutivo de violación durante un conflicto armado internacional o no internacional (art. 1, párr. 2).

La Convención de 1993 sobre armas químicas

Los Estados Partes deben adoptar medidas pertinentes para cumplir las obligaciones derivadas de la Convención; en particular, promulgar legislación penal por la que se sancione las violaciones de la Convención, hayan sido cometidas éstas por personas físicas o jurídicas que se encontraran en su territorio o en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control o por nacionales, con independencia del lugar de los hechos (art. VII, párr. 1).

Los Estados deben igualmente cooperar con los demás Estados Partes: brindarse ayuda judicial mutua para *facilitar*, en particular, el *cumplimiento de las obligaciones* en materia de represión (art. VII, párr. 2).

La prohibición, contenida en esta Convención, de desarrollar, fabricar, adquirir por otro medio, almacenar, transferir y emplear armas químicas, y de iniciar preparativos militares para el empleo de dichas armas, se mantiene en cualquier circunstancia (art. I).

La Convención de Ottawa de 1997 sobre minas antipersonal

Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, reglamentarias y de otra índole que procedan, incluso la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida por la Convención, llevada a cabo por personas o en territorio bajo su jurisdicción o control (art. 9). La prohibición de emplear, desarrollar, producir, adquirir de un modo u otro, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal se observa en cualquier circunstancia (art. 1).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI)

En el Estatuto de la CPI se concede competencia a la Corte sobre el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos durante conflictos armados internacionales o internos, en la definición que de ellos se hace en el Estatuto, así como sobre el crimen de agresión cuando se adopte una definición al respecto (artículos 5 a 9). La competencia de la CPI es complementaria de la jurisdicción de los tribunales nacionales: se ejerce sólo cuando un Estado no esté dispuesta a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento contra presuntos criminales sobre las que tenga jurisdicción o no pueda realmente hacerlo (art. 17). Para invocar la competencia de sus tribunales, los Estados Partes deben contar con una legislación adecuada que les permita procesar a estas personas en las condiciones estipuladas en el Estatuto.

Los Estados Partes tienen también de cooperar plenamente con la CPI en las investigaciones y enjuiciamientos que lleve a cabo en relación con los delitos sobre los que tiene competencia (art. 86). Además, los Estados Partes deben reprimir los actos que atenten contra la justicia administrada por la CPI, cometidos en su territorio o cuya autoría se atribuya a nacionales (art. 70, párr. 4).



CICR

SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Técnica de incorporación de la sanción en la legislación penal

Desde el punto de vista legislativo, la incorporación en el derecho nacional de una sanción para las violaciones del derecho internacional humanitario (DIH) plantea dos problemas: **la definición del acto delictivo** (técnica de imputación) y **la forma y el lugar en que se integran al sistema jurídico**.

Técnica de imputación de las violaciones del derecho internacional humanitario

Existen varias opciones al alcance del legislador para incorporar las violaciones graves de la legislación penal nacional y aprehender, en términos del derecho nacional, los actos delictivos que las caracterizan.

Aplicación del derecho penal nacional común o militar existente

Este sistema parte del principio según el cual los actos que constituyen violaciones graves del derecho internacional humanitario ya están suficientemente sancionados en el derecho penal interno, por lo que es superflua una imputación especial de dichas violaciones. En este caso, en la hipótesis de que se reconozca la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, las disposiciones de éste han de interpretarse, y han de colmarse las posibles lagunas, de conformidad con las disposiciones del derecho internacional.

Ventajas:

- en los códigos penales modernos se sanciona un número de conductas, con lo cual se pueden sancionar algunas violaciones graves de los Convenios de Ginebra y las relativas, en particular, a los ataques ilícitos a los derechos fundamentales de la persona como, por ejemplo, los atentados a la vida, la salud, la integridad física y psíquica, la libertad personal o la propiedad.

Inconvenientes:

- en las imputaciones del derecho penal nacional no se abarcan siempre todas las infracciones relativas a las conductas que se vinculan estrechamente a la conducción de las hostilidades;

- las modalidades y condiciones punitivas dispuestas en el derecho penal nacional no siempre son conformes a los requisitos del derecho internacional humanitario, ni las penas previstas se adaptan al contexto de los conflictos armados y a la gravedad de los crímenes de que se trata.

Para que un Estado respete integralmente sus obligaciones convencionales optando por esta solución, sería menester que en un examen meticuloso de su legislación penal se pueda responder afirmativamente a las siguientes preguntas:

- ¿las violaciones que se califican como infracciones graves en los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I de 1997, se engloban completamente y con suficiente claridad?
- ¿las conductas de combate lícitas como, por ejemplo, matar a un soldado enemigo que pelea en un conflicto armado internacional, se tienen en cuenta al establecer los elementos de culpabilidad y fijar la pena?
- ¿el derecho vigente permite tener en cuenta las particularidades estipuladas en el derecho internacional humanitario por lo que respecta a los principios generales del derecho penal (la forma en que se comete el acto y se participa en él, la exceptuación de excusas, la responsabilidad de los superiores, etc.)?
- ¿desde el punto de vista del acusado, esta opción que compele al juez a interpretar la ley a la luz del derecho internacional, o sea, de manera extensiva, cumple con los requisitos del principio *nullum crimen et nulla poena sine lege*?

En algunos casos, a fin de tener en cuenta las particularidades de las situaciones de conflicto armado, estas cuestiones se resolvieron mediante la inclusión de circunstancias agravantes respecto de las imputaciones ya establecidas.

Imputación global en el derecho interno

Las «infracciones graves» y demás violaciones del derecho internacional humanitario pueden imputarse en la ley nacional incluyendo una cláusula de referencia a las disposiciones pertinentes del DIH, o al derecho internacional en general, o también a las leyes y costumbres de la guerra (derecho consuetudinario), fijando una gama de penas aplicables.

Ventajas:

- esta solución es sencilla y económica, y permite que todas las infracciones del derecho internacional humanitario puedan castigarse remitiéndose simplemente a los instrumentos pertinentes y, eventualmente, al derecho consuetudinario;
- no es necesario crear una nueva norma nacional cuando se modifican los tratados o hay nuevas obligaciones convencionales para el Estado que se hace parte en un nuevo tratado.

Inconvenientes:

- habida cuenta del *principio de legalidad*, la imputación global puede no bastar; sobre todo porque no permite diferenciar las penas en función de la gravedad del delito, salvo que éstas sean determinadas por un juez que aplique ciertos criterios estrictos previstos por la ley;
- obliga al juez nacional a precisar e interpretar la ley a la luz de las disposiciones del derecho

internacional, dejándole un gran margen de acción. De hecho, no se trata de una tarea simple, puesto que en los textos internacionales los crímenes de guerra están definidos de forma que no se adaptan bien a la formulación de las normas penales a la que el juez nacional está acostumbrado.

Imputación específica de las conductas delictivas mencionadas

Este método consiste en transcribir, en la ley nacional, las conductas que constituyen, según los tratados internacionales, actos delictivos. Puede realizarse de distintas maneras, a saber:

- transcribiendo exactamente en la ley nacional la lista de conductas delictivas, empleando el mismo texto que figura en convenios, y estableciendo las sanciones aplicables a cada una de ellas o por categoría;
- redefiniendo o volviendo a redactar de manera autónoma, en la ley nacional, las conductas que constituyen estos crímenes;

Ventajas:

- cuando se definen de manera autónoma estas infracciones en la ley penal nacional, la independencia de esta definición respecto del derecho internacional hace posible que se reprima la violación de un tratado aun cuando el Estado demandante no lo haya ratificado;
- para el acusado, la imputación específica se atiene, del mejor modo posible, al principio de legalidad, dado que determina de forma clara y previsible las conductas que se consideran delictivas y que, por consiguiente, se sancionan;
- facilita el cometido de los responsables de la aplicación de la ley, ahorrándoles en parte el trabajo de investigación, comparación e interpretación del derecho internacional, que suele ser una tarea fastidiosa.

Inconvenientes:

- la imputación específica requiere que el legislador actúe y realice un considerable trabajo de investigación y de redacción. Puede obligar a hacer una amplia revisión de la legislación penal existente;
- si la imputación es demasiado completa y específica, se corre el riesgo de que le falte la flexibilidad necesaria para incorporar las posibles evoluciones del derecho internacional en la materia.

Combinaciones de las diversas opciones

Se trata de una técnica legislativa mixta que consiste en una imputación global combinada con la imputación explícita y específica de algunas violaciones graves.

Generalmente, la imputación global es residual en el sentido de que se refiere a los hechos que no se imputan ni sancionan de manera específica (según el principio *lex specialis derogat lege generalis*). La combinación de la imputación global con la imputación específica puede además completarse con la aplicación subsidiaria de las demás disposiciones del derecho penal común.

Ventajas:

- mediante esta técnica combinada o mixta, en todas sus posibles modalidades, se pueden cumplir, de manera completa y diferenciada, las obligaciones convencionales relativas a la represión de las violaciones del derecho internacional humanitario.

Inconvenientes:

- esta opción exige que el juez pueda interpretar a la vez disposiciones del derecho interno y del derecho internacional.

Modalidad de imputación y emplazamiento en la legislación

Países de tradición jurídica romano-germánica

Métodos

Las técnicas de imputación de infracciones del derecho internacional humanitario, especialmente las opciones de imputación específica y/o de imputación global, pueden consistir esencialmente en:

- a) una ley específica distinta de los códigos penales;
- b) la inserción de una norma en la legislación penal existente en los códigos penales común y/o militar.

Apreciación de ambos métodos

Para los Estados que reconocen la posibilidad de este tipo de técnica legislativa, el hecho de reunir en una sola y única ley tanto las imputaciones como los principios del derecho penal material y formal, conformes a las características del derecho internacional penal en la materia, presenta la ventaja de facilitar el trabajo de los asesores legales.

Sin embargo, la adopción de una ley específica, aparte de los códigos

penales, no se adapta en todos los casos a la estructura del aparato legislativo penal de un Estado y va en contra de una tendencia comprobada en algunos Estados de centralizar, en lo posible, las disposiciones penales en un sólo cuerpo de leyes.

La opción de hacer una incorporación en la legislación existente plantea el problema de elegir el emplazamiento en la legislación, en particular elegir entre el derecho penal común y el derecho penal militar, y obliga al legislador a decidir la forma de incorporación (capítulo o sección específica, complementos de las imputaciones existentes u otras). Habida cuenta de que los autores de violaciones del DIH pueden ser tanto militares como civiles, algunos Estados han colocado disposiciones pertinentes tanto en el código penal común como en el código penal militar, o han extendido el ámbito de aplicación de uno de los dos, a fin de abarcar tanto a los autores civiles como militares.

El aparato legislativo penal así como la relación entre el derecho penal común y el derecho penal militar varían mucho de un país a otro, lo que hace difícil preferir en abstracto una de las dos soluciones. Es esencial velar por que no haya un vacío de competencia personal a causa de la solución elegida.

Países cuyo sistema jurídico no está basado en códigos

En los países cuyo sistema jurídico no se basa en códigos, generalmente los países del «common-law», las violaciones graves del DIH se sancionan mediante la legislación primaria, que incorpora y ejecuta el tratado en el orden jurídico interno; por ejemplo, la ley relativa a los Convenios de Ginebra (Geneva Conventions Act). En general, esta legislación define, a la vez, el alcance material de los crímenes y la competencia jurisdiccional a la que están sometidos.

Aunque la sanción penal es indispensable para garantizar el respeto del derecho internacional humanitario, no basta de por sí para poner fin a los comportamientos contrarios a las disposiciones de esta rama del derecho. De todas maneras, las disposiciones penales han de insertarse en una reglamentación adecuada, por la cual las personas sujetas a la jurisdicción, militares y civiles, puedan conocer las normas de conducta y su responsabilidad penal específica en caso de conflicto armado.



CICR

SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra

La represión de los crímenes de guerra es un elemento esencial para garantizar el respeto del derecho internacional humanitario (DIH). Uno de los medios dispuestos en este derecho a fin de facilitar y garantizar esta represión es la incorporación en esta rama del derecho del principio de "jurisdicción universal", por el cual las autoridades de persecución y los tribunales de un Estado pueden conocer de un crimen, aunque no haya vínculo alguno entre ese crimen y dicho Estado.

Jurisdicción del Estado

Un Estado tiene el poder de promulgar normas en su propio territorio (jurisdicción legislativa), de interpretar o aplicar normas (jurisdicción declarativa) y el poder de intervenir para hacer cumplir las normas (jurisdicción coercitiva). Sin embargo, aunque la aplicación de la jurisdicción coercitiva se limita generalmente al territorio nacional, en derecho internacional se admite que, en determinadas circunstancias, un Estado puede extender el ámbito de aplicación del derecho nacional respecto de sucesos que se producen fuera de su territorio (jurisdicción extraterritorial) o juzgarlos.

En derecho penal, se han invocado varios principios para fundamentar esta «jurisdicción extraterritorial», entre los cuales, la jurisdicción sobre actos:

- cometidos por personas que tienen la nacionalidad del Estado en cuestión (*principio de nacionalidad* o *jurisdicción en virtud del principio de personalidad activa*),
- perpetrados contra nacionales del Estado en cuestión (*jurisdicción en virtud del principio de personalidad pasiva*, o
- que afectan a la seguridad del Estado (*principio de protección*).

Aunque en la práctica estos principios reciben distinto grado de apoyo, todos requieren que haya algún tipo de vínculo entre el acto cometido y el Estado que ejerce jurisdicción. No así el principio de *universalidad*, otro de los principios que justifican la jurisdicción extraterritorial.

Jurisdicción universal

La jurisdicción universal permite a una jurisdicción conocer de crímenes, independientemente de la nacionalidad del autor o del lugar en que se cometieron. Se aplica a una serie de actos delictivos que todos los Estados, por motivos de interés de orden público internacional, pueden o deben reprimir.

Puede distinguirse entre los crímenes que los Estados **deben** perseguir, en aplicación de la jurisdicción (jurisdicción universal **obligatoria**) y los que los Estados tienen **derecho** a perseguir (jurisdicción universal **facultativa**). La jurisdicción universal puede contemplarse en una norma de derecho internacional consuetudinario o convencional. Cuando la norma se establece en un tratado, por lo general, es obligatoria.

La jurisdicción universal puede concretarse en los textos legislativos nacionales (jurisdicción universal legislativa) o en la persecución y el juicio de los acusados (jurisdicción universal declarativa). La primera es mucho más común en la práctica del Estado y es generalmente necesaria para la investigación y el juicio. Con todo, es posible, por lo menos en principio, que un tribunal base su jurisdicción directamente en el derecho internacional y ejerza jurisdicción universal declarativa sin remitirse para nada a la legislación nacional.

Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra

El ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra se basa tanto en el derecho convencional como en el derecho internacional consuetudinario.

Derecho convencional

En los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de la guerra, se estipula la jurisdicción universal para las violaciones de dichos Convenios que se califican de «infracciones graves». Conforme a los artículos pertinentes de cada Convenio (artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente), los Estados tienen la obligación de buscar a los presuntos autores «sea cual fuere su nacionalidad», y deben hacerlos comparecer ante los propios tribunales o entregarlos, mediante extradición, para que sean juzgados por otro Estado Parte que les imputa cargos suficientes (principio *aut dedere aut judicare*). Si bien en los Convenios no se estipula expresamente que la jurisdicción debe ejercerse sea cual fuere el lugar donde se cometió el crimen, se ha entendido por lo general que establecen una jurisdicción universal. Por este motivo constituyen uno de los primeros ejemplos de jurisdicción universal en el derecho convencional.

En los Convenios de Ginebra se establece la jurisdicción universal obligatoria, pues se exige que los Estados persigan a los presuntos autores de «infracciones graves» o incoen procedimientos para su extradición. Los Estados pueden incoar investigaciones o acciones judiciales también contra personas que se encuentran fuera de su territorio. Puesto que no siempre es posible la extradición hacia otro Estado, los Estados siempre deben disponer de una legislación penal que les permita juzgar a los presuntos autores, sea cual fuere su nacionalidad o el lugar donde se cometió el crimen.

En el Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 se extiende el ámbito del principio de la jurisdicción universal a las «infracciones graves» de las normas relativas a la conducción de hostilidades. También se califican de crímenes de guerra todas las «infracciones graves» (artículo 85).

En otros instrumentos pertinentes para el DIH, como la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su Segundo Protocolo, se dispone una obligación similar para los Estados partes de reprimir las violaciones graves de estos instrumentos sobre la base del principio de la jurisdicción universal.

Derecho internacional consuetudinario

Mientras que en el DIH convencional sólo se estipula la jurisdicción universal respecto de las violaciones calificadas de «infracciones graves», el derecho internacional consuetudinario extiende esta jurisdicción a todas las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra que constituyen crímenes de guerra. Se incluyen las violaciones graves del derecho aplicable a los conflictos armados no internacionales, especialmente del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional II de 1977.

A diferencia del derecho convencional, no parece haber argumentos que permitan concluir que el derecho internacional consuetudinario *obliga* a los Estados a ejercer este tipo de jurisdicción. Por lo que atañe a los crímenes de guerra que no constituyen «infracciones graves» del DIH, los Estados pueden decidir si ejercen o no la jurisdicción universal.

Métodos legislativos

Los Estados han incorporado, mediante varios métodos, la jurisdicción universal en el derecho nacional.

Las disposiciones constitucionales son de fundamental importancia para determinar el lugar que ocupa el derecho consuetudinario o convencional en el ordenamiento jurídico nacional. Se puede pensar que los tribunales podrán invocar directamente el derecho internacional o el derecho constitucional para ejercer jurisdicción universal cuando se permite o exige. Sin embargo, dado que las disposiciones de derecho internacional pertinentes no se

consideran auto ejecutorias, es preferible definir la jurisdicción sobre los crímenes de guerra en el derecho nacional.

La jurisdicción universal está prevista en el código penal (ordinario, militar) de varios Estados con sistemas basados en el derecho romano-germánico. En este código se puede definir, en la misma sección, el alcance material del crimen y el ámbito jurisdiccional para juzgarlo. Es más frecuente que las disposiciones sobre la jurisdicción universal figuren en la parte general del código y se remitan a imputaciones definidas en otras normas del mismo instrumento. También puede disponerse la jurisdicción universal en el derecho procesal penal o en una ley relativa a la organización judicial. Algunos Estados han atribuido a sus tribunales, mediante una ley especial, la jurisdicción universal respecto de algunos crímenes.

En los países cuyos sistemas no se basan en códigos –generalmente los de "«common-law» (derecho consuetudinario)– se acostumbra a estipular la jurisdicción universal en la legislación primaria que define tanto el alcance material del crimen como el ámbito jurisdiccional al que está sometido.

Cuestiones legislativas

Cualquiera que sea el método adoptado, cuando se incluye la jurisdicción universal en el derecho nacional hay que considerar algunos aspectos:

- a fin de impedir la impunidad, todos los crímenes de guerra deberían estar sometidos a la jurisdicción universal, háyanse cometido en un conflicto armado internacional o no internacional;
- cabe indicar claramente que la jurisdicción se extiende a cuantos cometieron u ordenaron cometer los crímenes imputados, independientemente de su nacionalidad o del lugar donde se cometió el crimen;
- han de definirse de manera precisa los criterios que permiten incoar la acción penal o que justifican declarar que no procede;
- dado que puede concurrir la jurisdicción de los Estados, el ejercicio de esta jurisdicción por uno de ellos puede someterse a algunas condiciones, como: el respeto del principio *ne bis in idem*, la consideración de penas

dictadas en el extranjero, el ejercicio previo de la jurisdicción por otro Estado o por una jurisdicción internacional, la presencia, incluso provisional, de la persona acusada en el territorio del Estado demandante.

En cambio, la condición de la «doble imputación», según la cual el crimen perseguido es también un crimen en el lugar donde se ha cometido no es compatible con las exigencias del derecho internacional humanitario.

La persecución y el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el extranjero pueden plantear dificultades particulares respecto del acopio de pruebas, de los derechos de la defensa y de la protección de los testigos y de las víctimas. El procedimiento aplicable a las acciones judiciales y a los juicios en aplicación de la jurisdicción universal debe resolver estas dificultades mediante disposiciones pertinentes para facilitar la investigación y el acopio y la administración de pruebas. En este aspecto, la cooperación y la asistencia mutua judicial internacional son fundamentales y, según los casos, deben reforzarse.

Jurisdicción universal de los tribunales nacionales y Corte Penal Internacional

Antes de la aprobación del Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional (CPI), ya existía el derecho o, en algunos casos, la obligación de reprimir crímenes de guerra en aplicación de la jurisdicción universal. En el Estatuto se refrenda, en su preámbulo, la responsabilidad primera de los tribunales nacionales para juzgar dichos crímenes. La jurisdicción de la CPI sobre los crímenes de guerra se establece, pues, como complementaria: la CPI ejercerá su jurisdicción únicamente cuando un Estado no esté dispuesto a realizar una investigación o un enjuiciamiento o no pueda hacerlo (Estatuto de la CPI, artículo 17, párrafo 1, (a)).

Por lo tanto, es esencial que los Estados dispongan de una legislación adecuada, según las exigencias del DIH y del Estatuto de la CPI, que les permita incoar investigaciones y una causa penal y juzgar a cualquier persona acusada de la comisión de un crimen de guerra.



CICR

SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Prescripción

La noción de la prescripción abarca dos aspectos de la realidad. Por una parte, la prescripción de la acción pública: el vencimiento de cierto plazo tras la comisión de la infracción constituye un obstáculo para el ejercicio de la acción pública y para el enjuiciamiento. Por otra, la prescripción puede referirse también a las sanciones: el vencimiento de cierto plazo constituye un obstáculo para la ejecución de una condena penal. Dado que la represión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario es esencial para garantizar el respeto de esta rama del derecho, se debe abordar la cuestión de la prescripción de dichas violaciones. Esto es tanto más importante si se considera la gravedad de algunas violaciones, calificadas de crímenes de guerra, que conculcan los intereses de toda la comunidad internacional.

La prescripción en los sistemas penales nacionales

La prescripción de la acción pública existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos para crímenes poco graves. Por lo que respecta a los crímenes graves, hay varios ordenamientos jurídicos que no tropiezan con este obstáculo en el ejercicio de la acción pública. En particular, es este el caso de los sistemas de *common law*. Los legisladores de los sistemas de derecho romano-germánico (basados en códigos) han instituido para este tipo de crímenes prescripciones bastante más largas que para los crímenes leves, o han excluido cualquier prescripción.

La prescripción de las sanciones se acepta con menos generalidad en los diferentes ordenamientos jurídicos. Los países del *common law* no la consideran y los demás ordenamientos la limitan severamente. Los plazos son, por lo general, muy largos para las infracciones más graves. La prescripción de la sanción no suele contemplarse respecto de ciertas infracciones o de delincuentes considerados peligrosos o delincuentes reincidentes.

De la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra en el derecho internacional

Derecho convencional

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 nada estipulan sobre la

cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

El 26 de noviembre de 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*. En esta Convención se refrenda la imprescriptibilidad de la acción pública y de las sanciones para los crímenes que son objeto de la Convención, es decir los crímenes de guerra, incluidos expresamente las «infracciones graves» de los Convenios de Ginebra, los crímenes de lesa humanidad, cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz, incluidos el apartheid y el genocidio. Esta Convención tiene efectos retroactivos ya que tiende a abolir cualquier prescripción que se disponga en una ley o en cualquier otra norma.

En el ámbito regional, cabe señalar la *Convención Europea del 25 de enero de 1974 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad*. En esta Convención, que entró en vigor el 27 de junio de 2003, se contempla tanto la imprescriptibilidad de la acción pública como la de las sanciones. No obstante, se vincula sólo a los crímenes contra la humanidad, «previstos en la Convención relativa a la Prevención y a la Represión del Crimen de Genocidio», de 9 de diciembre de 1948.

Por lo que atañe a los crímenes de guerra, en la Convención se dispone la imprescriptibilidad de:

- las «infracciones graves» de los Convenios de Ginebra, o
- todas las violaciones análogas de las leyes de la guerra vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Convención de 1974 y de las costumbres de la guerra vigentes en ese momento, y que no son «infracciones graves» de los Convenios de Ginebra,

«cuando la infracción considerada reviste una particular gravedad, sea a causa de los elementos materiales e intencionales, sea a causa del alcance de sus consecuencias previsibles».

En la Convención también se dispone la posibilidad, mediante la declaración de un Estado contratante, de extender su aplicación a otras infracciones del derecho internacional que el Estado considerase de índole similar a los crímenes de lesa humanidad y a los crímenes de guerra definidos en la Convención.

Los Convenios de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa no aplican la imprescriptibilidad directamente en el derecho de los Estados partes. Éstos deben tomar las medidas legislativas pertinentes respecto de su ordenamiento jurídico interno.

En el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional (CPI) se estipula que «(l)os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán» (artículo 29). Por lo tanto, la imprescriptibilidad se

refiere aquí a los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de genocidio y el crimen de agresión.

Los Estados que desean invocar el *principio de complementariedad*, que es la base de la CPI, y preservar una competencia jurisdiccional por lo que respecta a los crímenes definidos en el Estatuto deben establecer en su derecho nacional, la imprescriptibilidad de esos crímenes.

Derecho internacional consuetudinario

Varios elementos contribuyen a afirmar el carácter consuetudinario de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad:

- el número creciente de Estados que han estipulado en su legislación penal la imprescriptibilidad de dichos crímenes;
- la codificación del concepto en el artículo 29 del Estatuto de la CPI, cuyos redactores

consideran fundamental para prevenir la impunidad de esos crímenes;

- el número cada vez mayor de Estados que se hacen partes en la Convención de las Naciones Unidas y la del Consejo de Europa.

12/2003



CICR

SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Omisión y responsabilidad de los superiores

En el derecho internacional humanitario (DIH) se estipula un sistema de represión de las violaciones de esta rama del derecho. Dichos sistema se basa en la responsabilidad penal individual de los autores de esas violaciones. Cabe señalar que éstas también se pueden cometer por omisión. En situaciones de conflicto armado, las fuerzas o grupos armados, por lo general, están bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados. A fin de que el sistema de represión sea eficaz, es pues lógico que pueda imputarse la responsabilidad individual de los superiores jerárquicos cuando no hayan tomado las medidas adecuadas para impedir que sus subordinados cometan violaciones graves del DIH.

Responsabilidad del autor directo por omisión

El sistema de represión de las «infracciones graves» establecido por los Convenios de Ginebra de 1949 incluye a las «personas que hayan cometido, u ordenado cometer», cualquiera de esas infracciones. También se imputa la responsabilidad penal cuando la «infracción grave» es el resultado de una omisión de actuar. Así pues, el homicidio intencional puede cometerse mediante la privación de alimentos o de asistencia. Asimismo, la «infracción grave» que consiste en «privar [a un prisionero de guerra] de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente» se comete la mayoría de las veces por omisión.

El Protocolo adicional I de 1997 es más explícito y en su artículo 86, párrafo 1, se precisa que:

«Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar».

Las «infracciones graves» mencionadas en el artículo 85 del Protocolo adicional I se refieren también a los actos cuyo *modus operandi* es generalmente la omisión, como el retraso infundado en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.

Responsabilidad de los superiores por omisión

Se trata aquí del caso en que el superior, faltando a su deber, nada

hace para impedir que su subordinado cometa una violación del DIH.

Los juicios tras la Segunda Guerra Mundial

El problema de la responsabilidad de los superiores se planteó con toda su amplitud tras la Segunda Guerra Mundial, los juicios ulteriores trazaron el perfil de esta responsabilidad.

Aunque en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg no se estipula norma alguna sobre el particular, cabe resumir, sin entrar en las controversias suscitadas evidentemente por estos juicios, el mecanismo de la responsabilidad de los superiores de la siguiente manera:

- se trata de un superior, es decir, de una persona que tiene autoridad con respecto a un subordinado;
- el superior sabía o debía haber sabido que el crimen se iba a cometer o se estaba cometiendo;
- el superior tenía la autoridad para impedir o hacer cesar la conducta criminal, y
- el superior no tomó todas las medidas necesarias y factibles, que estaban a su alcance, para impedir o poner término a la conducta criminal.

Convenios de Ginebra de 1949

En los Convenios de Ginebra nada se estipula sobre esta cuestión e incumbe a la legislación nacional regular sobre este caso mediante disposición expresa o aplicación de las normas generales del derecho penal.

El Protocolo adicional I de 1977

En el Protocolo adicional I, artículo 86, párrafo 2, se codifican los principios que se sentaron a raíz de los juicios celebrados tras la Segunda Guerra Mundial:

«El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción».

En el artículo 87 del Protocolo I, se especifican los deberes y obligaciones de los jefes militares por lo que atañe a sus subordinados. En particular, los superiores deben impedir, reprimir y, llegado el caso, denunciar ante las autoridades competentes las «infracciones graves» cometidas por sus subordinados. De este modo, la responsabilidad penal del jefe sólo es imputable por omisión en el caso que haya faltado a sus deberes.

La noción de superior se refiere a la persona que tiene una responsabilidad personal con respecto al autor de los actos en cuestión, porque éste, como subordinado suyo, se encontraba bajo su autoridad.

La cuestión de que se exige que el superior tenga conocimiento de los actos o de los proyectos del subordinado es delicada. Sobre el

particular, se ha de considerar que el superior que descuida su deber de mantenerse informado también imputa su responsabilidad.

El deber de actuar del superior consiste en adoptar las «medidas factibles» para impedir o reprimir los crímenes de su subordinado. Sólo se le exigen los actos que estén a su alcance; no se trata de transformar en juez al superior.

La omisión del superior considerada «infracción grave»

Los límites de la responsabilidad penal por omisión no están claramente definidos en derecho penal. Por lo que respecta a la represión de las violaciones del DIH, una de las dificultades es que no se califica expresamente de «infracción grave» la responsabilidad de los superiores por omisión. Ahora bien, la obligación de los Estados de reprimir o de aplicar la extradición, en ejercicio de la competencia universal, atañe específicamente a este tipo de infracción.

En el sistema de represión definido en el DIH, la responsabilidad de los superiores se considera una forma particular de participación criminal. Así pues, se debe culpar de una «infracción grave» al superior cuya responsabilidad está involucrada cuando uno de sus subordinados comete una «infracción grave» del DIH. Los Estados tienen el deber de castigar o de aplicar la extradición a este superior, sea cual sea su nacionalidad o el territorio donde se cometió la infracción.

Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales *ad hoc*

La jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* ha esclarecido y precisado los requisitos para imputar la responsabilidad de los superiores estipulados en el DIH. Particularmente se ha determinado que no es necesario que el superior desempeñe *de jure* una posición jerárquica, sino que basta ejercer autoridad de hecho sobre el autor directo del crimen para imputar la responsabilidad penal de una persona. También se esclareció que no es un requisito la índole militar y que se puede imputar la responsabilidad de un superior jerárquico civil por la comisión de crímenes de guerra por personas que son sus subordinados. Por último, la jurisprudencia confirmó que para que se impute la responsabilidad del superior no es necesario que haya

una causalidad directa entre la omisión del superior y la comisión del crimen.

Responsabilidad del superior según el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional (CPI)

En el Estatuto de la CPI se distinguen dos tipos de responsabilidad jerárquica:

La del superior militar

En el artículo 28 del Estatuto se estipula que un jefe militar o una persona que actúe «efectivamente» como jefe militar es penalmente responsable de los crímenes que hubieren cometido fuerzas o personas bajo su mando y control efectivo, o bajo su autoridad y control efectivo, cuando:

- hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
- no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

La del superior civil

Asimismo, un superior jerárquico que mantiene con sus subordinados una relación distinta de la militar es penalmente responsable de los crímenes que son de la competencia de la Corte y que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y su control efectivo, cuando:

- hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Responsabilidad por omisión en caso de conflicto armado no internacional

Los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional II de 1977 no hacen explícitamente mención de una responsabilidad penal del superior jerárquico por lo que se refiere a las infracciones cometidas por sus subordinados en caso de conflicto armado no internacional. Cabe, sin embargo, resaltar que el principio de mando responsable en los grupos armados es una condición de aplicación del Protocolo II. Por lo que atañe a la práctica de los Estados, un número cada vez mayor de legislaciones penales nacionales estipulan la responsabilidad penal de los superiores respecto de todos los crímenes de guerra, independientemente de la índole internacional o no internacional del conflicto armado en relación al cual se cometieron.

En los *Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para ex Yugoslavia* (artículo 7, párrafo 3), *para Ruanda* (artículo 6, párrafo 3), *el Estatuto del Tribunal Especial para la Sierra Leona* (artículo 6, párrafo 3 y en el *Estatuto de la CPI* (artículo 28) se afirma expresamente la responsabilidad de los superiores, especialmente por omisión, respecto de los crímenes cometidos por sus subordinados en un conflicto armado no internacional. Esta forma de responsabilidad se aplica al conjunto de los crímenes sometidos a la competencia de dichas jurisdicciones. Por lo demás, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda se estipula explícitamente una competencia del Tribunal respecto de las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II, aplicables en situaciones de conflicto armado no internacional (artículo 4). Dígase lo mismo para el Tribunal Especial para Sierra Leona, que también tiene competencia sobre una lista definida de otras violaciones graves del DIH, cometidas en el contexto interno de ese país (artículos 3 y 4). Por lo que respecta a la CPI, tiene competencia respecto de las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y otras violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados no internacionales (Estatuto de la CPI, artículo 8, párrafo 2(c) y (e)), por las cuales se puede imputar la responsabilidad de un superior jerárquico.



CICR

SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Procedimiento penal

La represión de los crímenes de guerra así como de los crímenes de lesa humanidad y del crimen de genocidio, cualquiera que sea la nacionalidad del autor o el lugar donde fueron cometidos es fundamental para el respeto del derecho internacional y el interés de la justicia. Incumbe a los Estados la responsabilidad primera de reprimirlos. El respectivo derecho penal material y procesal, así como el respectivo sistema judicial de los Estados deben permitirles perseguir y juzgar a los presuntos autores de dichos crímenes. También han de estar capacitados para ofrecer la asistencia requerida, cuando se inicia un procedimiento con esa finalidad en el extranjero o por parte de una jurisdicción internacional. Habida cuenta especialmente de la índole en sí de esos crímenes, el derecho internacional impone algunas condiciones, a las que deben ajustarse las acciones judiciales y los juicios nacionales. Las personas acusadas de haber cometido dichos crímenes deben gozar de una serie de garantías judiciales. Siempre que éstas se respeten, los Estados tienen libertad para elegir las normas de procedimiento que aplicarán.

Acciones judiciales relativas a los crímenes de guerra: un procedimiento penal clásico para crímenes particulares

Por lo general, en la práctica de los Estados no hay procedimiento especial aplicable específicamente a la represión de los crímenes de derecho internacional. Las acciones judiciales y el enjuiciamiento que se incoan respecto de esos crímenes siguen el procedimiento habitual ante las jurisdicciones competentes, militares u ordinarias. Sin embargo, se deben tener en cuenta la índole de los crímenes que se han de perseguir y las características específicas de los mecanismos de represión dispuestos, por lo que atañe a:

- la incoación de las acciones judiciales;
- la elección de las jurisdicciones;
- el acopio, la administración de pruebas;
- las garantías judiciales;
- la cooperación y la asistencia mutua judicial internacional.

Inicio de la acción pública

Los crímenes de guerra pueden cometerlos tanto los miembros de las fuerzas armadas como civiles. Pueden tener lugar en el territorio nacional o en el extranjero, durante un conflicto armado internacional o durante un conflicto armado no internacional. Las autoridades que desean perseguir a un presunto autor de tales crímenes deben examinar previamente cierto número de cuestiones.

En primer lugar, hay que determinar si la conducta presuntamente cometida constituye un acto delictivo según el derecho penal nacional, y si los tribunales nacionales son competentes.

La cuestión de la competencia es particularmente importante en el caso de crímenes de guerra cometidos fuera del territorio nacional, especialmente las violaciones graves de los tratados de derecho internacional humanitario (DIH), como las "infracciones graves" de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (CG I-IV) y de su Protocolo adicional I de 1977 (P I), respecto de las cuales la legislación debe estipular la jurisdicción universal.

Después, hay que decidir si se deben incoar acciones judiciales, por lo cual el criterio decisivo ha de ser la calidad de las pruebas acopiadas y la probabilidad de una condena.

Cuando el acusado es un miembro de las fuerzas armadas, hay que decidir qué derecho le es aplicable (militar u ordinario) y qué tribunal deberá juzgarlo.

La cuestión de la independencia del órgano encargado de la ejecución de la acción pública es fundamental con vistas a un funcionamiento eficaz de los mecanismos de represión de los crímenes de guerra. Por ejemplo, en algunos países, la incoación de diligencias penales por crímenes de guerra está sometida a la aprobación de una autoridad ejecutiva. Para evitar una posible inacción de los poderes públicos, por ejemplo, por razones de oportunidad política, conviene que se definan clara y rigurosamente en el derecho nacional los criterios a los que está sometida la incoación de una acción penal, o que justifiquen decidir que no procede incoarla. Por último, es importante que las víctimas de los crímenes de guerra tengan un acceso fácil y directo a la justicia.

Elección de las jurisdicciones competentes

El derecho internacional no se decanta realmente sobre el particular. En el ámbito nacional, aunque la creación de jurisdicciones de excepción tropieza, en general, con el requisito de disponer de un tribunal imparcial y constituido de manera regular, la atribución de la competencia a las jurisdicciones comunes o militares, se deja al poder discrecional de los Estados. Sería difícil declarar antes de todo examen, o de manera general, que una solución es preferible a otra. No obstante, para la represión de los crímenes de guerra, el legislador nacional tendrá en mente estas consideraciones:

- estos crímenes pueden ser cometidos tanto por civiles como por militares;
- pueden perseguirse en tiempo de paz o en tiempo de guerra, en particular cuando se aplica el principio de la jurisdicción universal;
- dichos crímenes implican investigaciones diligenciadas en el extranjero, o que se tenga que recurrir a la cooperación judicial, cuando se aplica el mecanismo de la jurisdicción universal, o cuando se juzga a las propias tropas enviadas al extranjero.

Las soluciones posibles dependen, dentro de la organización del Estado, de la relación existente entre el derecho militar y el derecho común, entre el poder civil y el poder militar.

Acopio / administración de pruebas

El enjuiciamiento por crímenes cometidos en el extranjero plantea problemas particulares relacionados con el acopio de pruebas y con el derecho

que tiene la defensa a examinar esas pruebas. Es importante considerar estas cuestiones y, si es necesario, trazar procedimientos pertinentes, tales como el acopio de pruebas mediante vídeo o comisiones rogatorias en el extranjero, así como reforzar los acuerdos de asistencia mutua judicial internacional.

A fin de establecer la culpabilidad del acusado de crímenes de guerra, debe probarse, entre otras cosas, que el acto en cuestión tuvo lugar durante un conflicto armado o en relación con éste. Para ello, debería determinarse en la legislación nacional la autoridad competente para calificar una situación dada de conflicto armado.

Por lo demás, conviene permitir que la víctima participe activamente en el procedimiento. Si es necesario, también debe poder gozar de medidas de protección, así como los acusados y los testigos. Esto se justifica en contextos donde son muy acentuados el resentimiento y la posibilidad de venganza.

El secreto militar también es un elemento que debe considerarse durante el procedimiento penal, pero no debería ser posible invocarlo con la única finalidad de impedir una acción judicial. Por último, siempre debe haber la posibilidad de efectuar procedimientos a puertas cerradas.

Las garantías judiciales estipuladas en el DIH

Las personas acusadas de violaciones graves de los CG y del P I deben poder beneficiarse de las garantías judiciales mínimas dispuestas en estos tratados (CG I, artículo 49; CG II, artículo 50; CG III, artículo 129; CG IV, artículo 146). En el artículo 75 del P I figura una lista de garantías de las que gozan las personas protegidas por esos tratados, así como las personas acusadas de crímenes de guerra. Estas garantías son exigencias mínimas que no son óbice para un trato más favorable en aplicación de otras disposiciones de los CG o del P I.

En el DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales se prohíben las condenas y las ejecuciones realizadas en violación de las "garantías judiciales reconocidas como indispensables" y se enumeran estas garantías (CG, artículo 3 común). En el Protocolo adicional II de 1977 (P II), se estipula, por lo que respecta a las infracciones cometidas en relación con el conflicto, que no se dictará condena alguna ni se ejecutará pena alguna sin un juicio previo celebrado por un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad. Además, enumera las garantías de procedimiento que deben respetarse (artículo 6).

En los Estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc*

instituidos por las Naciones Unidas (TPI para ex Yugoslavia y TPI para Ruanda) se reconocen estas garantías para toda persona que comparezca ante estas jurisdicciones (Estatuto TPI para ex Yugoslavia, artículos 19, 20 y 21; Estatuto TPI para Ruanda, artículos 9, 19 y 20). Dígase lo mismo respecto del Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona (artículos 9 y 17). En el Estatuto de 1998 de la Corte Penal Internacional (CPI) se deslindan y desarrollan estas garantías (artículos 20, 22, 23, 25, 66, 67, 76, párrafo 4, y 81; Reglas de procedimiento y prueba).

Estas garantías judiciales corresponden aproximadamente a las estipuladas en los instrumentos de protección de los derechos humanos. Sin embargo, las garantías judiciales y los principios de procedimiento previstos en el DIH deben aplicarse sin excepción. Se debe reconocer en el derecho nacional la índole absoluta de su aplicación. He aquí esos principios y garantías judiciales fundamentales:

- el principio de la responsabilidad penal individual (P I, artículo 75, párrafo 4(b); P II, artículo 6, párrafo 2(b); Estatuto de la CPI, artículo 25);
- el principio *nullum crimen et nulla poena sine lege* (CG III, artículo 99, párrafo 1; P I, artículo 75, párrafo 4(c); P II, artículo 6, párrafo 2(c); Estatuto de la CPI, artículos 22, párrafo 1, y 23);
- el principio *non bis in idem* (CG III, artículo 86; CG IV, artículo 117, párrafo 3; P I, artículo 75, párrafo 4 (h); P II, artículo 6, párrafo 2(a); Estatuto de la CPI, artículo 20);
- el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial en un plazo razonable (CG III, artículo 84, párrafo 2; P I, artículo 75, párrafo 4; P II, artículo 6, párrafo 2; Estatuto de la CPI, artículo 67, párrafo 1, y 67, párrafo 1(c));
- el derecho a ser informado acerca de la infracción que se le imputa (CG III, artículo 104, párrafo 2; CG IV, artículo 71, párrafo 2; P I, artículo 75, párrafo 4(a); P II, artículo 6, párrafo 2(a); Estatuto de la CPI, artículo 67, párrafo 1(a));
- los derechos y medios de defensa (derecho a ser defendido por un abogado calificado de su elección y a los oficios de un intérprete competente, etc.) (CG III, artículos 99 y 105; CG IV, artículos 72 y 74; P I, artículo 75, párrafo 4(a) y (g); P II, artículo 6, párrafo 2(a); Estatuto de la CPI, artículo 67, párrafo 1(b), (d), (e) y (f));
- la presunción de inocencia (P I, artículo 75, párrafo 4(d); P II, artículo 6, párrafo 2(d); Estatuto de la CPI, artículo 66);
- el derecho a estar presente al ser juzgado (P I, artículo 75, párrafo 4(e); P II, artículo 6, párrafo 2(e);

Estatuto de la CPI, artículo 67, párrafo 1(d));

- el derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (P I, artículo 75, párrafo 4(f); P II, artículo 6, párrafo 2(e); Estatuto de la CPI, artículo 67, párrafo 1(g));
- el derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente (P I, artículo 75, párrafo 4(i); Estatuto de la CPI, artículo 76, párrafo 4);
- el derecho a ser informado, cuando se dicta la condena, acerca de sus derechos de recurso (CG III, artículo 106; CG IV, artículo 73; P I, artículo 75, párrafo 4(j); P II, artículo 6, párrafo 3).

Cooperación, asistencia mutua judicial internacional y extradición

La cooperación entre Estados y con las jurisdicciones internacionales son fundamentales para el buen funcionamiento del sistema de represión de crímenes de guerra. Se pueden exigir diferentes formas de asistencia, desde la obtención de elementos de prueba en el extranjero hasta la ejecución de sentencias extranjeras.

La necesidad de asistencia mutua es particularmente evidente en el caso de crímenes cuyos presuntos autores deben ser juzgados o extraditados por los Estados. En el artículo 88 del P I se dispone la asistencia mutua judicial más amplia posible entre los Estados partes en todo procedimiento relativo a las "infracciones graves" a los CG o al P I, así como la obligación específica de cooperar en materia de extradición. Versan asimismo sobre la extradición y la asistencia mutua judicial los artículos 18 y 19 del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

En los Estatutos del TPI para ex Yugoslavia y del TPI para Ruanda figuran también disposiciones sobre la cooperación y la asistencia mutua judicial que los Estados deben prestar en todas las fases de los procedimientos incoados por esos tribunales (Estatuto del TPI para ex Yugoslavia, artículo 29; Estatuto del TPI para Ruanda, artículo 28). Numerosos Estados han aprobado una legislación con esa finalidad.

Por lo que respecta a la eficacia de la CPI, ésta depende, con creces, de la cooperación de los Estados. Los Estados partes en el Estatuto de la CPI tienen una obligación general de cooperar (artículo 86) y deben velar por que su legislación permita efectuar todos los procedimientos de cooperación dispuestos en el Estatuto (artículo 88).



CICR

SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Cooperación en materia de extradición y de asistencia mutua judicial en materia penal internacional

A fin de garantizar el cabal respeto del derecho internacional humanitario (DIH), es esencial que se sancionen las violaciones de ese derecho. La represión de estas violaciones requiere, a menudo, la cooperación de diferentes Estados o instancias, no sólo porque las personas implicadas en el proceso (acusados, víctimas, testigos, etc.) pueden ser de diversas nacionalidades o estar en diferentes países, sino también porque las violaciones más graves del DIH, tales como los crímenes de guerra, son considerados atentados contra la comunidad internacional en su conjunto. Con esta perspectiva, el derecho internacional establece procedimientos de cooperación en materia de extradición, asistencia mutua en ámbito judicial entre Estados, así como cooperación con los Tribunales penales internacionales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional (CPI).

Extradición

La obligación de los Estados de cooperar en materia de extradición es inherente a la obligación *aut dedere aut judicare* del mecanismo de represión que se estipula en los Convenios de Ginebra de 1949 para las «infracciones graves» de estos tratados. El Estado, en cuyo territorio o poder se encuentran las personas acusadas, tiene la posibilidad de juzgarlas o de entregarlas para que las juzgue otra Alta Parte Contratante interesada.

Esta opción se refrenda en el texto del artículo 88, párrafo 2, del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, en el cual se estipula explícitamente el deber de las Altas Partes Contratantes de cooperar en materia de extradición. Este deber supone la obligación de examinar favorablemente cualquier extradición solicitada por un país que justifique su interés jurídico en el enjuiciamiento, si se reúnen los requisitos exigidos por el derecho del Estado requerido.

Aunque se prevé la posibilidad de extradición, en los Convenios de Ginebra nada figura sobre la cuestión de la aplicación de las excepciones que suelen estar establecidas en la legislación nacional y que pueden ser óbice a la extradición en algunos casos particulares. Sobre el particular, cabe mencionar la nacionalidad de

la persona cuya extradición se solicita, la excepción vinculada a la índole política del crimen, la prescripción u otras condiciones que rigen la extradición según la legislación nacional (por ejemplo, la existencia de un tratado bilateral o multilateral de extradición). El Protocolo adicional I tampoco versa sobre esta cuestión, aunque el proyecto del texto de este tratado excluía en su artículo 78 la excepción del crimen político como obstáculo a la extradición en caso de «infracción grave».

Habría que resolver esta cuestión con una legislación nacional conforme que no admitiera el móvil o fin político de las «infracciones graves» del derecho internacional humanitario como justificación para negar una extradición.

Asistencia mutua judicial internacional en materia penal

La cooperación en materia de asistencia mutua judicial figura explícitamente en el artículo 88, párrafo 1, del Protocolo adicional I, en el cual se estipula que «*las Altas Partes contratantes se prestarán la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los Convenios del presente Protocolo*». Las Partes en el Protocolo deberán prestarse asistencia mutua de la manera más

completa posible en lo que respecta a cualquier procedimiento relativo a una «infracción grave». Forman parte de esta ayuda tanto los actos de asistencia mutua para un procedimiento penal realizado en el extranjero como la delegación del juicio o de la ejecución de las decisiones penales extranjeras.

El sistema de represión que se dispone en el DIH para los crímenes de guerra, que se apoya en el principio de la jurisdicción universal, implica, muy a menudo, elementos «extraterritoriales». Deberá gran parte de su eficacia a la calidad de la cooperación y de la asistencia mutua judicial existentes entre las autoridades judiciales de varios Estados.

En el marco de la incorporación de la sanción de las violaciones del DIH en el derecho nacional, los Estados deberán evaluar la legislación vigente relativa a la extradición y a la asistencia mutua judicial y, si es necesario, adaptarla para poder cumplir con las obligaciones dimanantes del DIH.

Por último, cabe notar que otros en tratados pertinentes sobre la protección de las personas y de ciertos bienes en caso de conflicto armado se disponen la posibilidad de la extradición y la obligación de prestar asistencia mutua judicial para los juicios por violaciones graves de sus disposiciones. Por

ejemplo, en el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado (artículos 18 y 19).

Cooperación con los Tribunales penales internacionales *ad hoc*

Las Naciones Unidas instituyeron Tribunales penales internacionales para juzgar los crímenes cometidos en ex Yugoslavia (TPI para ex Yugoslavia) y en Ruanda (TPI para Ruanda). Estos tribunales tienen la primacía con respecto a las jurisdicciones nacionales: en cualquier fase del procedimiento, pueden solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se inhiban en su favor (Estatuto del TPI para ex Yugoslavia, artículo 9 párrafo 2; Estatuto del TPI para Ruanda, artículo 8, párrafo 2). De los artículos 29 y 28 del Estatuto del TPI para ex Yugoslavia y del TPI para Ruanda, respectivamente, dimana la obligación para los Estados de colaborar con dichos tribunales en la búsqueda y enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del DIH. Los Estados deben responder cuanto antes a las solicitudes de asistencia de una sala de primera instancia de los tribunales, sobre todo por lo que atañe a:

- la identificación y la búsqueda de las personas;
- la reunión de los testigos y la presentación de pruebas;
- la expedición de documentos;
- el arresto o la detención de las personas;
- la transferencia o la comparecencia del acusado ante el tribunal en cuestión.

Cooperación con la Corte Penal Internacional

La jurisdicción de la CPI es complementaria a la de los Estados: la CPI ejercerá su jurisdicción sólo cuando un Estado no está dispuesto a efectuar la investigación o el enjuiciamiento o no puede realmente efectuarlos (Estatuto de Roma de 1998 de la CPI, artículo 17, párrafo 1(a)). La eficacia de la CPI dependerá, con creces, de la cooperación de los Estados, cuyas modalidades se definen en el Capítulo IX del Estatuto de la CPI.

En el artículo 86 del Estatuto se estipula que los Estados partes

deben cooperar plenamente con la Corte en la investigación y en el enjuiciamiento que efectúa en relación con los crímenes de su competencia, o sea, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (cuando se haya aceptado una definición de éste último). La Corte también puede invitar a cualquier Estado que no es parte en su Estatuto a prestar asistencia sobre la base de un arreglo especial, de un acuerdo o de cualquier otra manera adecuada (Estatuto de la CPI, artículo 87, párrafo 5(a)).

Así pues, la CPI puede presentar a cualquier Estado una solicitud para la detención y la entrega a la Corte de una persona que se encuentre en el territorio de dicho Estado, y pedir la cooperación de ese Estado para la detención y la entrega (Estatuto de la CPI, artículo 89). También puede solicitar la detención provisional de la persona buscada esperando la presentación de la solicitud de entrega y los documentos justificativos enunciados en el artículo 91 (Estatuto de la CPI, artículo 92).

Además, los Estados deben dar curso a las solicitudes de asistencia relativas a:

- la identificación de una persona, el lugar donde se encuentra o la ubicación de sus bienes;
- la reunión de elementos de prueba, incluidas las declaraciones hechas bajo juramento, y la presentación de elementos de prueba, incluidos los informes o dictámenes periciales y los informes que necesite la Corte;
- el interrogatorio de personas que son objeto de investigación o de enjuiciamiento;
- la notificación de documentos, incluidos los judiciales;
- las medidas tendentes a facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de personas que declaran como testigos o expertos;
- el traslado provisional de estas personas en virtud del párrafo 7 del artículo 93,
- la inspección de lugares o sitios, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres enterrados en fosas comunes;
- la ejecución de allanamientos y decomisos;
- la transmisión de expedientes y de documentos, incluidos los

expedientes y documentos oficiales;

- la protección de las víctimas y de los testigos y la preservación de las pruebas;
- a identificación, la ubicación, la inmovilización o la incautación del producto, de los bienes y los haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y
- cualquier forma de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte (Estatuto de la CPI, artículo 93, párrafo 1).

Según el artículo 88 del Estatuto, los Estados partes deben velar por que en su legislación nacional haya procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación.

Inversamente, a solicitud de un Estado parte en el Estatuto, la CPI puede prestarle asistencia en el marco de una investigación o de un juicio por una conducta que constituya un crimen de la competencia de la Corte o que constituya un crimen grave con arreglo al derecho interno del Estado requirente. La Corte también puede prestar asistencia a un Estado que la solicite y que no sea parte en su Estatuto (artículo 93, párrafo 10).

Por último, la CPI también puede solicitar información, documentos o una asistencia por parte de toda organización intergubernamental (Estatuto de la CPI, artículo 87, párrafo 6)