



ICRC

SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Técnicas de incorporación de la sanción en la legislación penal

A fin de respetar sus obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario (DIH), los Estados deben incorporar en el derecho penal nacional la sanción para los crímenes internacionales. Desde la perspectiva legislativa, la incorporación en el derecho nacional de una sanción para las violaciones del 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**. Además, también deben abordarse las cuestiones relacionadas con las sanciones. Cabe notar también que los Estados se benefician de varias fuentes, tanto externas como internas, que pueden ayudarlos a incorporar adecuadamente estas cuestiones en la legislación nacional.

Técnica de imputación de las violaciones del derecho internacional humanitario

Hay varias opciones para incorporar las violaciones graves del derecho internacional humanitario en la legislación penal nacional.

Aplicación del derecho penal nacional común o militar existente

Este sistema parte del principio según el cual los actos que constituyen violaciones graves del DIH ya están suficientemente sancionados en el derecho penal interno, por lo que es superflua una imputación especial de dichas violaciones. Esta opción es, por ende, una opción predeterminada. Sin embargo, 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 se sanciona un número de diferentes conductas, con lo cual se pueden sancionar incluidas las violaciones

graves de los derechos humanos fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la vida, la salud, la integridad física y psíquica, la libertad personal o la propiedad;

- esta opción requiere una escasa modificación de la legislación nacional vigente, y la población y el poder judicial están, pues, familiarizados con su aplicación y ámbito de aplicación.

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 DIH, ni las penas previstas se adaptan al contexto de los conflictos armados y a la gravedad de los crímenes de que se trata;
- a nivel nacional, pueden no existir algunas formas de responsabilidad que se requieren en el DIH y algunas formas de

defensa que están prohibidas en el DIH pueden estar permitidas a nivel nacional.

Para que un Estado respete integralmente sus obligaciones convencionales optando por esta solución, sería menester que en un examen metódico 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 de 1949, el Protocolo adicional I de 1977 y el Protocolo III de 2005, 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 DIH 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 excepción

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* (nadie puede ser condenado o sancionado por crímenes si en el momento de cometerlos no constituían crimen según una ley penal vigente en aquel momento)?

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 DIH 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:

- la imputación global puede ser inadecuada, dependiendo de la manera en que los Estados interpretan el *principio de legalidad*, según el cual la pena para cualquier delito ha de ser conocida y predecible. Además con dicho enfoque, quizás no se llegue sencillamente a alcanzar el grado de especificidad que se requiere a nivel nacional respecto de las proscripciones penales;
- obliga al juez nacional a precisar e interpretar la ley a la luz de las disposiciones del derecho internacional, dejándole, por ende, un gran margen de acción. La tarea del juez se hace más complicada, por el hecho de que en los textos internacionales los crímenes están definidos o formulados de manera que no se adaptan bien a la definición o la

formulación a las que el juez está acostumbrado en la ley nacional.

- También se requiere que el fiscal conozca las violaciones según el DIH, a fin de investigar y de incoar los procedimientos

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;
- este enfoque 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;
- se brinda al legislador la oportunidad de adaptar las definiciones de crímenes que figuran en el derecho internacional a la práctica nacional o incluso añadir dichos crímenes incluidos en la legislación internacional.

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 generali*). 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.

Aplicación directa del derecho internacional por los tribunales nacionales

Esta opción permite a los tribunales nacionales aplicar el derecho internacional sin el requisito de referirse específicamente a estas normas en la legislación nacional. Tal práctica suele autorizarse mediante una ley o una disposición en la Constitución, en los que sea se reconoce el derecho internacional (escrito y/o consuetudinario) como una legítima base jurídica para la imputación de algunos actos, u otorga precedencia al derecho internacional sobre la ley nacional.

Ventajas:

- esta es otra opción para el enjuiciamiento a falta de otras bases.

Inconvenientes:

- esta opción da lugar a incertidumbre, como se ilustra en las decisiones judiciales, a menudo incoherentes, de diferentes Estados,

Modalidad de imputación y emplazamiento en la legislación

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

- una ley específica distinta de los códigos penales;
- 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). Dado 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 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.

Sanciones

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, su responsabilidad jurídica y las consecuencias de su conducta en casos de conflictos armados, incluso antes de que puedan realizar tal conducta. También es importante que los jueces y los fiscales estén adecuadamente formados sobre la manera de juzgar y alegar sobre casos relativos al DIH, a fin de que puedan aplicar las sanciones requeridas cuando procede. Otros actores importantes, como los parlamentarios, también deben conocer la función de las sanciones en relación con el DIH, dado que pueden ayudar a reforzar su eficacia, así como su valor como elementos de disuasión a nivel nacional.

Características de las sanciones¹:

Las sanciones deben diseñarse de modo que cumplan su función tanto de aplicación de la ley como elementos de disuasión que promueven el cumplimiento de la ley. Como tales, los Estados deben velar por que, cuando se ha cometido el delito, se tome una acción inmediata por lo que respecta a la sanción de la violación y que ésta se imponga en tiempo oportuno. Las sanciones han de imponerse sin distinción basada en la índole del conflicto armado y han de aplicarse a todos, sin discriminación alguna. Además, las sanciones impuestas han de adaptarse a la gravedad del delito y la función que desempeñó la persona acusada, y debe reflejar el carácter reprehensible

del delito. También es importante observar que las sanciones para las violaciones del DIH deben ser penales, pero ello no excluye la posibilidad de emplear sanciones disciplinarias, administrativas o de otra índole, en complemento a las sanciones penales.

Asistencia en la incorporación

Por lo general, la incorporación eficaz de las sanciones en el derecho penal nacional requiere la intervención de varios órganos gubernamentales nacionales, de la sociedad civil y de las fuerzas armadas, entre otros.

Para una mayor asistencia práctica en la incorporación de la sanción al derecho penal, los Estados pueden dirigirse a cualquiera de las siguientes entidades:

- Servicio de Asesoramiento del CICR²;
- otras organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales;
- Comisiones nacionales de derecho internacional humanitario³.

¹ Para un debate más detallado sobre la eficacia de las sanciones, véase la Ficha técnica titulada "Elementos y modalidades para incrementar la eficacia de las sanciones".

² <http://www.icrc.org/spa/what-we-do/building-respect-ihl/advisory-service/index.jsp>

³ <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/table-national-committees.htm>