

# La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales

**Hortensia D.T. Gutiérrez Posse**

Profesor Titular Consulto de Derecho Internacional Público Universidad de Buenos Aires

## Resumen

*El derecho internacional humanitario es la rama del derecho internacional positivo, de fuente consuetudinaria y convencional, que tiene por objeto poner límites a los métodos y medios de combate, así como proteger a las víctimas de los conflictos armados. Las infracciones graves a este ordenamiento jurídico constituyen crímenes de guerra, imputables directamente a los individuos, cuyo juzgamiento corresponde a los Estados soberanos. Sin embargo, si éstos no desearan ejercer su jurisdicción o no estuviesen en condiciones de ejercerla podrían conocer tribunales penales internacionales instituidos por tratados o por decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. Esta somera descripción de una realidad jurídico-política corresponde al universo del derecho en los albores del siglo XXI, pero no se ha gestado en un sólo día ni es fruto de una voluntad única. Por el contrario, la evolución obedece a una paulatina toma de conciencia de la comunidad internacional, ante los horrores de la guerra y los sufrimientos indecibles que a lo largo de la historia inflige a la humanidad, de que la violencia ha de tener límites y de que esos límites han de ser puestos por el derecho, castigando a los responsables a fin de desalentar a quienes en un futuro intentasen sobrepasarlos.*

.....

## Breve reseña histórica

En esta evolución, el derecho internacional humanitario ha tenido un papel preponderante, puesto que su ámbito material lo integran tanto las leyes y usos de la guerra como las normas sobre protección de las víctimas y, precisamente, una primera propuesta de crear por acuerdo de voluntades una Corte Penal Internacional fue formulada en el siglo XIX con el objeto de conocer en las violaciones del Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, que había sido adoptado en 1864.

En 1907, los Estados codificaron leyes y usos de la guerra aplicables a la guerra terrestre en la Convención IV y en el Reglamento anexo, adoptados ese año en la Conferencia de La Haya. Aún cuando en este tratado se disponía que sus normas eran fuente de derechos y obligaciones para los Estados Partes, al término de la Primera Guerra Mundial, se estableció en el Tratado de Paz, firmado en Versalles en 1919<sup>1</sup>, la responsabilidad personal del Kaiser Guillermo II como culpable de ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados, así como la de quienes habían ejecutado sus órdenes, reconociéndose, de tal modo, el derecho de los Estados aliados y asociados de establecer tribunales militares con el objeto de juzgar a personas acusadas de cometer crímenes de guerra<sup>2</sup>.

La responsabilidad, no sólo de los Estados sino fundamentalmente la de los individuos, quedaba sentada como principio del derecho internacional y las infracciones graves del derecho internacional humanitario podían ser juzgadas por tribunales internacionales instituidos con tal fin.

La evolución no se detiene y, durante la Segunda Guerra Mundial, varios Gobiernos aliados expresaron el deseo de investigar, procesar y castigar a los criminales de guerra. La Declaración de Moscú, adoptada en octubre de 1943, fue el antecedente del Acuerdo de Londres de 1945, al que se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo (Tribunal de Nuremberg). El comandante en jefe de las tropas de ocupación en Japón estableció con el mismo objeto el Tribunal de Tokio<sup>3</sup>. Por ende, una vez más se aceptaba que, en el ámbito del derecho internacional, se tipificasen conductas como crímenes y que, en virtud de esas normas, se juzgase a quienes fueran considerados responsables.

1 La Parte VIII del Tratado de Paz de 1919 contenía, en los arts. 231 a 247, la obligación de Alemania de pagar los daños ocasionados a los aliados a título de reparación, los que debían ser fijados por una Comisión de Reparaciones de las Grandes Potencias.

2 V. Wills, J.F., *Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Westport, Conn., Greenwood, 1982; Dinstein, Yoram y Tabor, *Mala, War Crimes in International Law*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp.149-150; 310.

3 Los textos del Acuerdo de Londres, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo, la Proclamación del Comandante en Jefe de las Potencias Aliadas en Tokio y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este pueden consultarse en M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 579-586 y 604-611.

La adopción de los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio impulsó, sustancialmente, la codificación del derecho internacional humanitario, ya que comportó la primera reglamentación convencional que definió una serie de infracciones penales como imputables a los individuos a la par que instituyó una jurisdicción que efectivamente actuó, enunciándose una serie de principios que son universalmente reconocidos<sup>4</sup>. Cabe tener presente, sin embargo, que en esta etapa del desarrollo del derecho las conductas tipificadas como ilícitas debían vincularse con la guerra; esto es, con la lucha armada entre dos o más Estados.

Ya en las postrimerías del siglo XX, las graves violaciones del derecho internacional humanitario que se perpetraron durante el conflicto armado en ex Yugoslavia dieron lugar, no ya por acuerdo de voluntades soberanas sino por decisión del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas<sup>5</sup>, a la institución de un Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables, estableciéndose muy poco tiempo después otro Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, que enjuiciaría los graves hechos que se producían

- 4 V. Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/ 25704, 3-V-1993, párrafos 41-44, en el que se señala que muchas de las disposiciones de la Convención IV y del Reglamento anexo ya habían sido reconocidas por el Tribunal de Nuremberg como declaratorias de las leyes y usos de la guerra aceptadas por todas las naciones civilizadas, admitiendo que los crímenes de guerra definidos en el inc. b) del art. 6 del Estatuto del Tribunal ya habían sido reconocidos como crímenes de guerra con arreglo al derecho internacional y consagrados en el Reglamento de La Haya, en virtud del cual debía sancionarse a los culpables; v. Finch, George A., "The Nuremberg Trial and International Law", AJIL, 1947-41, pp. 20 y ss. ; Wright, Quincy, "The Law of the Nuremberg Trial", AJIL, 1947-41, pp. 38 y ss. ; Schick, F.B., "The Nuremberg Trial and the International Law of the Future", AJIL, 1947-41, pp. 770 y ss., entre otros.
- 5 En la Resolución 808 (1993), nuevamente en aplicación de lo normado en el Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad decidió establecer el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de ex Yugoslavia desde 1991, otorgándole competencia para conocer en las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y en las violaciones de las leyes o usos de la guerra, así como en el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. El Tribunal, en una de sus primeras decisiones en apelación, señaló que el establecimiento de un Tribunal Internacional por el Consejo de Seguridad comportó la adopción de una medida que no implica el uso de la fuerza en los términos del art. 41 de la Carta, decidida en el ejercicio de los poderes que le otorga el Capítulo VII con relación al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional en ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case Nº IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2-X-1995, y en *The Prosecutor v. Momocilo Krajisnik*, Case Nº IT-OO-39-PT, Decision on Motion challenging Jurisdiction – with Reasons, 22-IX-2000. Al recordar aquel precedente, agregó que, si bien la Carta consagra el principio de soberanía y la no intervención de la Organización en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, el art. 2.7 establece una excepción al disponer que ello es sin perjuicio de la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII, por lo que, cuando el Consejo de Seguridad actúa según los poderes otorgados en dicho Capítulo, lo hace en el interés de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas; v. M. Cherif Bassiouni y Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Nueva York, 1996; Lescure, Karine, *International Justice for Former Yugoslavia: the workings of the International Criminal Tribunal of the Hague*, La Haya, Kluwer Law, 1996; entre otros.

dentro de un Estado: Ruanda<sup>6</sup>. Es decir que, con el carácter de medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, la evolución del derecho ha llevado al establecimiento de jurisdicciones internacionales cuyo cometido es juzgar a individuos acusados de cometer crímenes del derecho internacional; instancias internacionales que no deciden creando normas ni legislando respecto de este derecho, sino que se encargan de aplicar el ordenamiento jurídico vigente.

El último eslabón en esta evolución es la institución por tratado de la Corte Penal Internacional, de tipo permanente, que ha de conocer en las conductas más graves que se consideran de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, entre las que se cuentan, por cierto, los crímenes de guerra<sup>7</sup>.

De este modo, la institución de jurisdicciones penales internacionales habilitadas para conocer sobre conductas de los individuos, cuando los Estados no deseen o no estén en condiciones de juzgarlas, se relaciona y se encuentra directamente influenciada por el contenido del derecho internacional humanitario y el carácter de crímenes de guerra de las infracciones graves de este ordenamiento. Las páginas que siguen se dedicarán, entonces, a intentar, aunque someramente, seguir los pasos en la evolución de esta interrelación para delinear al presente su ámbito de validez.

## El presente

La evolución del derecho internacional humanitario ha dado lugar a la formación de principios y a la adopción de tratados multilaterales con vocación de universalidad, aplicables en materia de crímenes de guerra. Las normas de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y la labor que éstos han llevado o llevan a cabo en el ámbito de sus respectivas competencias reflejan esa evolución, al tiempo que ponen de relieve la directa relación entre el objeto y fin de este ordenamiento jurídico y la institución de las jurisdicciones internacionales. Su jurisprudencia, aún cuando no es un proceso autónomo de creación del derecho, resulta un medio auxiliar particularmente valioso para determinar la existencia de una regla de derecho, su sentido y alcance.

6 Resolución 955 (1994). V., entre otros, Mubiala Mutoy, "Le tribunal international pour le Rwanda: vraie ou fausse copie du tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie?", *RGDIP*, vol 99, 1995/4, pp. 929 y ss.; Niang, Mame Mandiaye, "Le Tribunal Pénal International pour le Rwanda. Et si la contumace était possible!", *RGDIP*, vol. 103, 1999/2, pp.379 y ss.; Cissé, Catherine, "The end of a culture of impunity in Rwanda?", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, pp. 161 y ss.

7 Los Estados Partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional dejan sentado en el Preámbulo de este tratado que son conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común, afirmándose por esta vía que hay valores que al conjunto de la comunidad internacional interesa preservar; v. Broomhall, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 41 y ss.

## Irretroactividad

El principio de legalidad es uno de los principios básicos del derecho penal, conforme al cual, para considerar que una persona es responsable de una conducta contraria a derecho, ha de verificarse que, al *tempus commissi delicti*, estaba sujeta a normas claras que establecían *ante factum* su carácter de delito. Este principio, aplicable en los ordenamientos internos, también resulta pertinente en el ámbito del derecho internacional. Por ende, un individuo sería responsable internacionalmente si la conducta en la que incurriese fuese ilícita en ese ordenamiento jurídico, independientemente de lo que al respecto pudiesen disponer los derechos internos<sup>8</sup>. Ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la defensa había argumentado sobre la base del principio de irretroactividad, consecuencia del principio de legalidad, señalando el Tribunal que el Estatuto que lo había establecido no comportaba el ejercicio arbitrario de poder por parte de naciones victoriosas, sino la expresión del derecho internacional vigente al tiempo de su creación; agregando que el derecho de la guerra no sólo puede encontrarse en tratados, sino también en costumbres y prácticas de los Estados que gradualmente obtienen un reconocimiento universal, así como en los principios generales de justicia que aplican los juristas y los tribunales militares; derecho que no es estático y se adapta continuamente a las necesidades de un mundo cambiante de manera que, en muchas ocasiones, los tratados no hacen más que reflejar y definir en modo más concreto principios de derecho ya existentes.

## Responsabilidad penal individual

De este modo, el razonamiento del Tribunal ponía el énfasis en la relación entre las normas del derecho internacional humanitario, convencionales y consuetudinarias, que prohíben comportamientos de los individuos y su institución como instancia jurisdiccional que ha de aplicar este ordenamiento jurídico positivo.

Los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados tipifican una serie de actos como infracciones graves de sus normas, estableciendo con relación a ellos la obligación de los Estados Partes de buscar a las personas acusadas de haberlas cometido, u ordenado cometer, hacerlas comparecer ante sus propios tribunales o, si lo prefieren, entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado interesado, si ha formulado contra ellas cargos suficientes<sup>9</sup>. Asimismo, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda contemplan los supuestos de responsabilidad penal individual<sup>10</sup>, al igual que el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>11</sup>. Por ende, en

8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 14 y 15; Condorelli, Luigi, “La définition des infractions internationales, Présentation de la IIème. Partie”, en Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet Alain (dir.), *Droit International Pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 241 y ss.

9 Convenios I/ art. 49; II/ art. 50; III/ art. 29; IV/ art. 146.

10 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, art. 7; y Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 6.

11 Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 25.

razón de su aceptación generalizada, al no mediar objeciones a su respecto, este tipo de responsabilidad integra el derecho internacional; un derecho que en sus orígenes sólo regulaba relaciones entre Estados y en el que, por ende, sólo los Estados podían considerarse responsables por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito aun cuando se tratase en este caso de una responsabilidad de naturaleza civil<sup>12</sup>.

La responsabilidad penal recae, en cambio, sobre las personas naturales que incurran en una conducta tipificada como crimen directamente por el derecho internacional. Se trata, entonces, del ámbito normativo internacional que se refiere al individuo como tal y, en ese sentido, podría asimilarse a las normas del derecho internacional de los derechos humanos ya que en ambos casos, aun cuando con un contenido y un fin diferentes, son normas de naturaleza jurídica que se dirigen directamente a la persona humana<sup>13</sup>.

Ahora bien, esta responsabilidad puede asumir distintas formas. Así, a la luz de lo dispuesto en el Tratado de Paz de Versalles, en el Estatuto de los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio y en los Convenios de Ginebra de 1949, resulta claro que no sólo han de responder por haber llevado a cabo crímenes de guerra los individuos que los cometan, sino que también incurren en responsabilidad aquellos que ordenen cometerlos, independientemente del cargo oficial que puedan ejercer. Los Estatutos de los Tribunales Penales para ex Yugoslavia y para Ruanda, al igual que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, expresamente contemplan estas dos formas de responsabilidad pero, a más, reflejando el derecho consuetudinario, precisan su alcance, puesto que disponen que quienes hayan planeado o instigado la comisión del crimen, así como los que hayan ayudado en cualquier forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, también son responsables<sup>14</sup>. Por cierto, para considerar a una persona responsable por haber ayudado de algún modo a la comisión de un ilícito es necesario establecer también los actos de los principales responsables con relación a los cuales se imputa haber existido la ayuda<sup>15</sup>. De este modo, cabe considerar responsables no sólo a quienes cometan el crimen sino también a los cómplices, los encubridores y quienes ordenen, propongan o induzcan su comisión o, en su caso, la tentativa de comisión<sup>16</sup>.

12 V. al respecto la Resolución de la Asamblea General de la ONU A/ 56/ 83 sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el Informe de la Comisión de Derecho Internacional que la sustenta.

13 Abellán Honrubia, Victoria, "La responsabilité internationale de l'individu", RCADI, 280-1999, pp. 172 y ss.

14 En la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, se entiende que cabe penalizar la responsabilidad secundaria de los participantes en la comisión del crimen si esta participación es directa y sustancial, recaudo no expresamente contemplado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 25. 3 a); conf., *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-T, Opinion and Judgement, 7-V-1997, párrs. 691 y 692.

15 V. TPIY, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case N° IT-95-14/1-A, Judgement, 24-III-2000, donde se reitera el criterio sentado en *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, Judgement, 10-XII-1998, párrs. 174-186.

16 Los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y para ex Yugoslavia, basándose en la jurisprudencia de los tribunales militares británicos y de las cortes alemanas que actuaron luego de la Segunda Guerra Mundial, aplicando la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, han entendido que la colaboración o ayuda en la comisión del ilícito no ha de traducirse necesariamente en un hecho físico,

Por otra parte, no sólo se puede incurrir en responsabilidad penal individual por acción, sino que cuando la norma impone una clara obligación de asumir un determinado comportamiento y la persona, intencional o imprudentemente, la ignora también se puede ser responsable pero, en este caso, por omisión. A título de ejemplo baste señalar que constituirían conductas punibles en las que se incurre por omisión el homicidio intencional cuando se lleva a cabo mediante la privación de alimentos o de asistencia o el hecho de privar a un prisionero de guerra de sus derechos a un juicio justo e imparcial. Sin embargo, la responsabilidad por omisión, fundamentalmente, es la responsabilidad en la que pueden incurrir los jefes militares *de iure* o *de facto* y otros superiores que omitan tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión de ilícitos por parte de quienes son sus subordinados. Se trata, en la especie, de la responsabilidad del superior jerárquico<sup>17</sup> que se concibe dentro de una estructura más o menos organizada con relación a la existencia de uno o varios subordinados<sup>18</sup>.

## La responsabilidad del jefe militar

El primer supuesto –la responsabilidad del jefe militar– tiene sus orígenes en el derecho de la guerra y se encuentra codificada en la Convención IV de La Haya de 1907 y en su Reglamento anexo relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre<sup>19</sup>. Un jefe militar o quien actúe efectivamente como jefe militar es responsable de la conducta de quienes se encuentren bajo su mando o autoridad, teniendo sobre ellos un control efectivo<sup>20</sup>, desde que no sólo debe conocer su

sino que basta para configurarla el mero soporte moral a quien comete el crimen, o alentarle para que lo realice, siempre que tal soporte o aliento produzca un efecto sustancial sobre quien está llevando a cabo el acto; TPIY, The Prosecutor v. Anto Furundzija, Case Nº IT-95-17/1T, Judgement, 10-XII-1998; TPIR., Le Procureur v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgement, 2-IX-1998.

- 17 Este tipo de responsabilidad integra el derecho consuetudinario a la luz de lo establecido en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, arts. 86 y 87, y lo verificado en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y Ruanda en TPIY, The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al., Case Nº IT-96-21-T, Judgement, 16-XI-1998, párr. 383; The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case Nº IT-95-14-T, Judgement, 3-III-2000, párr. 290; The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Case Nº IT-95-14/2-PT, Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss for Lack of Jurisdiction Portions of the Amended Indictment alleging Failure to Punish Liability, 2-III-1999; The Prosecutor v. Momcilo Krajisnik, Case Nº IT-00-39-PT, Decision on Motion challenging Jurisdiction – with Reasons, 22-IX-2000; y TPIR., The Prosecutor v. Jean Kambanda, Case Nº ICTR-97-23-S, Judgement and Sentence, 4-IX-1998.
- 18 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia entiende que el carácter temporario de una unidad militar no excluye por sí sólo la relación de subordinación entre los miembros de esa unidad y su comandante, The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case Nº IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgement, 22-II-2001, párr. 399.
- 19 Reglamento, art. 1.1, según el cual los miembros de las fuerzas armadas deben tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos.
- 20 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia entiende que el control efectivo emerge de la capacidad del superior de dar órdenes a quienes se encuentren bajo su mando, no siendo necesario que la orden se dé por escrito o en otra forma determinada; The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case Nº IT-95-14-T, Judgement, 3-III-2000; The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Case Nº IT-95-14/2-T, Judgement, 26-II-2001, párr. 388.

accionar, sino que también está obligado a conocerlo, debiendo adoptar las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de ilícitos<sup>21</sup>, ya que esta obligación, junto con el hecho de que el superior sabía o tenía razones para saber que el crimen se iba a cometer o se había cometido y la existencia de la relación superior-subordinado, conllevan los tres elementos necesarios para configurar lo que constituye en derecho la responsabilidad del comandante<sup>22</sup>.

La inclusión en este tipo de responsabilidad de otros superiores que no son jefes militares tiene su fuente, en cambio, en el derecho consuetudinario, tal como ha sido verificado por los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda, al interpretar las normas pertinentes de sus Estatutos. En efecto, en sus decisiones, se consideró que también un oficial público, agente o persona investida de prerrogativas del poder público o que *de facto* represente al gobierno, que tenga un efectivo control sobre los subordinados, puede incurrir en responsabilidad por omisión, aún cuando en este supuesto la persona en cuestión haya debido tener conocimiento de los hechos y no tan sólo haya omitido el deber de vigilancia para que los hechos no se produjesen, como es el caso con relación a la responsabilidad de un comandante militar<sup>23</sup>.

Es decir, entonces, que tanto en el caso de un jefe militar como en el de otros superiores, para que se configure la responsabilidad por omisión es necesaria la existencia de una relación superior-subordinado, que el superior sepa, haya tenido razón de saber o, en su caso, hubiese tenido conocimiento de que el acto se había cometido o se iba a cometer; y que el superior, negligentemente, no haya tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto o castigar a quien lo había perpetrado<sup>24</sup>. Por cierto, la responsabilidad en la que pueden incurrir es

21 Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 arts. 86 y 87; Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 28. 1; v. Bantekas, Ilias, *Principles of direct and superior responsibility in international humanitarian law*, Manchester, Manchester University Press, 2002 y TPIY, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (a/k/a "Pavo), Hazim Delic, Esad Landzo (a/k/ "Zenga")*, Case N° IT-96-21-A, Judgement, 20-II-2001, párr. 241, caso en el que se entendió que la obligación del superior por la que compromete su responsabilidad en razón de que "tenía razones para saber que el subordinado" iba a cometer crímenes implica que el superior sólo sería responsable si información, de carácter general, estaba disponible para él, llamando su atención sobre ofensas a ser cometidas por sus subordinados; interpretación que también se siguió en *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-A, Judgement, 29-VII-2004.

22 TPIY, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case N° IT-95-14/1-A, Judgement, 24-III-2000, párr. 74-76.

23 TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-XI-1998; *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement et Sentence, 21-V-1999; TPIY, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, Case N° IT-96-21, Judgement, 16-XI-1998, e IT-96-21-A, párr. 241, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case N° IT-95-14/1-T, Judgement, párr. 66-81, entre otros en los que se consideró que no sólo un militar sino también un civil puede incurrir en este tipo de responsabilidad si su influencia fue empleada para ordenar la comisión del delito o si no la ejerció para evitarlo, basándose para ello en casos juzgados en los ámbitos internos luego de la Segunda Guerra Mundial; v. Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 28. 2.

24 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia entendió que el superior debe haber contado con información tal que le hubiese indicado la necesidad de llevar a cabo una investigación adicional, correspondiendo determinar en cada caso si el superior tomó las medidas que estaban dentro de sus posibilidades materiales; *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, Case N° IT-96-21, Judgement, 16-XI-1998,

independiente de la eventual de sus subordinados, puesto que ésta se configura sea que se cometa o no el ilícito<sup>25</sup>. Distinto es el caso de un superior que sabe que el crimen se va a cometer e intencionalmente no detiene la acción de sus subordinados, puesto que, en este caso, no se trataría ya de una responsabilidad por omisión sino de la de quien ha ayudado en su comisión<sup>26</sup>. En idéntica situación se encontraría el superior que en virtud de su posición planifica, instiga o ayuda en la planificación, preparación o ejecución de crímenes por sus subordinados, ya que en todos estos supuestos se incurriría en responsabilidad por acción<sup>27</sup>. De este modo no cabe considerar que una persona pueda incurrir al mismo tiempo en responsabilidad por su condición de superior y en responsabilidad por comisión, sino que la posición de superior podría constituir un agravante de la pena que se le impusiese<sup>28</sup>.

Este aspecto de la responsabilidad penal individual, la responsabilidad del superior, se integra con el de la responsabilidad del subordinado por acción. Una vez más el antecedente de este principio general ha de encontrarse en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el que se establecía que el hecho de que el acusado hubiese actuado conforme a las instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no lo liberaría de su responsabilidad pero podría ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal decidía que la justicia así lo exigía<sup>29</sup>. Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia

párr. 354; en este caso, en la Apelación, se especificó que un comandante de facto es responsable de la conducta de sus subordinados cuando tiene el control efectivo y la información general disponible le permite estar al tanto de sus conductas, Judgement, 20-II-2001, párr. 241; precisándose ulteriormente, con relación al crimen de tortura, que no es suficiente que un superior tenga información sobre golpizas que propinan sus subordinados a detenidos, sino que, a más, tiene que tener información, aunque fuese general, que le alerte del riesgo de que esas palizas persiguen alguno de los propósitos que tipifican el acto como tortura; *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case Nº IT-97-25-A, Judgement, 17-IX-2003, párr. 155.

- 25 El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia ha entendido que la condición de superior que planea, instigue u ordene la comisión de un ilícito a sus subordinados es una circunstancia agravante de la pena; *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case Nº IT-95-14/1-A, Judgement, 24-III-2000, párr. 183.
- 26 V. TPIY, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case Nº IT-97-25-A, Appeal Judgement, 17-IX-2003, párr. 52 y *The Prosecutor v. Radislav Krstic*, Case Nº IT-98-33-A, Appeal Judgement, 19-IV-2004, párrs. 137-140.
- 27 V. TPIY, *The Prosecutor v. Radovan Karadzic and Ratko Mladic*, Case Nº IT-95-5, Review of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11-VII-1996, párr. 83; *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case Nº IT-95-14/2-T, Judgement, 26-II-2001, párr. 371; *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case Nº IT-95-14-A, Judgement, 29-VII-2004, en el que se entendió que el superior que ordena un acto u omisión estando advertido de que, en sustancia, probablemente se cometería un crimen en ejecución de esa orden tiene la *mens rea* necesaria para ser considerado individualmente responsable del crimen con relación a la orden que dio. A juicio del Tribunal, en este caso, ordenar con tal conocimiento ha de ser considerado como una aceptación del crimen.
- 28 V. TPIY, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case Nº IT-95-14/2-A, Appeal Judgement, 17-XII-2004, párr. 34, reiterando criterio sentado en *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case Nº IT-95-14-A, Judgement, 29-VII-2004, párrs. 90-91 y *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case Nº IT-95-14/1-A, Judgement, 24-III-2000, párr. 183.
- 29 Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, art. 8; v. Liwerant, O. Sara, "Les exécuteurs", en Ascencio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet, Alain (dir.), *Droit International Pénal*, París, Pedone, 2000, pp. 211 y ss.; Osiel M.J., "Obeing orders: atrocity, military discipline, and the law of war", *Cal. Law Rev.*, 1998-86, pp. 939 y ss.

y para Ruanda<sup>30</sup>, en términos más o menos similares, también disponen que el hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad<sup>31</sup>. Si bien la obediencia a las órdenes impartidas es inherente a un sistema de tipo militar, todo individuo responde de los actos que libremente y en pleno ejercicio de sus facultades mentales ha ejecutado, lo que supone un control de la legalidad de la orden que ha recibido. Esto es, que sea contraria al derecho internacional consuetudinario o convencional, estando la persona en condiciones de conocer esa ilegalidad.

### Crímenes de guerra en todas las situaciones de conflicto armado

La responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de guerra es un principio del derecho internacional general sentado en el Tratado de Paz de Versalles y en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, pero cabe recordar que los crímenes a los que se refería el primero y en los que conoció el segundo comportaban violaciones de las leyes o usos de la guerra cometidas, precisamente, durante una guerra. Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales amplían el ámbito de aplicación a todo tipo de conflicto armado de carácter internacional, pero nada disponen en cuanto a que, eventualmente, también pueda incurrirse en este tipo de crímenes en situación de conflicto armado sin carácter internacional. En este aspecto, la jurisprudencia de los Tribunales Penales instituidos por el Consejo de Seguridad resulta particularmente valiosa para determinar el alcance del ámbito del derecho internacional humanitario, ya que son las primeras instancias internacionales llamadas a conocer en este tipo de crímenes.

Cuando en el seno del Consejo de Seguridad se votó la Resolución 827 (1993), por la que se aprueba el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, Estados Unidos expresó la opinión, compartida por el Reino Unido y Francia, de que el artículo del Estatuto que atribuía competencia al Tribunal para conocer en las violaciones de las leyes o usos de la guerra cubría las obligaciones establecidas por el derecho internacional humanitario en vigor en el territorio de ex Yugoslavia, en el momento en que se cometieron los actos, incluido el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales a estos Convenios, de

30 Estatuto del TPIY., art. 7.4; y Estatuto del TPIR., art. 6.4.

31 Ante el Tribunal Internacional Penal para ex Yugoslavia, se planteó la defensa de la obediencia debida en razón de una orden impartida bajo coacción, entendiéndose que, en tal supuesto, debía examinarse ante cada caso si el imputado realmente no tenía la posibilidad de desobedecer y si tampoco tenía la posibilidad moral de elegir o de tratar de hacerlo; se añadió que la coacción no es un eximente de responsabilidad para un soldado acusado de cometer crímenes de lesa humanidad o de guerra que conllevan la muerte de seres humanos inocentes, *The Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Case Nº IT- 96- 22 T. Sentencing Judgement, párr. 19 y Judgement in the Appeals Chamber, párr. 19; v. Rowe; Peter, "Duress as a Defence to War Crimes after Erdemovic: A Laboratory for a Permanent Court?", *Yearbook of International Humanitarian Law*, t. I, 1998, pp. 210 y ss.

1977. Esto significa que, según la interpretación de estos tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad, los crímenes de guerra pueden cometerse no sólo en el contexto de un conflicto armado internacional, sino también en el de un conflicto armado que no sea de índole internacional, ya que tanto el artículo 3 común como el Protocolo adicional II de 1977 regulan este tipo de conflictos y establecen la prohibición de incurrir en determinados comportamientos.

Ahora bien, el Protocolo II considera un tipo específico de conflicto armado sin carácter internacional al que sus normas resultan aplicables. Así, tal conflicto ha de desarrollarse en el territorio de una Alta Parte Contratante; han de participar sus fuerzas armadas; los grupos armados que se involucren han de estar organizados; esos grupos han de encontrarse bajo la dirección de un mando responsable; han de ejercer control sobre una parte del territorio; ese control ha de ser tal que les permita realizar operaciones militares; esas operaciones deben ser sostenidas y concertadas; y el control territorial ha de habilitarlos a aplicar las normas del Protocolo II<sup>32</sup>. En cambio, el artículo 3 común dispone que sus normas son pertinentes cuando el conflicto que no es de índole internacional surge en el territorio de una de las Partes Contratantes, sin especificar más recaudos, con lo que deja abierta la interpretación de su alcance. Es decir que sería posible inferir que las situaciones a las que se aplica no son sólo aquellas a las que se refiere el Protocolo II, aun cuando los derechos y las obligaciones que se establecen constituyen el mínimo que cada parte involucrada en un conflicto ha de respetar.

En ese sentido, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia interpretó que el Estatuto no le otorga competencia solamente en lo que hace al derecho de la guerra relativo a la conducción de las hostilidades, sino que también son de su conocimiento, con tal carácter, las violaciones del artículo 3 común, ya que, si las prohibiciones contenidas en esta norma constituyen el mínimo que han de respetar las partes involucradas en un conflicto armado sin carácter internacional, es razonable que ese mínimo deba respetarse en todo tipo de conflicto armado. A su juicio, conforme al derecho consuetudinario según el cual todas las violaciones de las normas derecho internacional humanitario aparejan responsabilidad penal individual, la violación de las prohibiciones contenidas en esta norma constituye crimen de guerra<sup>33</sup>. Cabe señalar que, en el caso en que se sentó esta jurisprudencia, la Fiscalía había basado su acusación a este respecto en violaciones del artículo 3 común, así como en violaciones del Reglamento sobre leyes y usos de la guerra terrestre anexo a la Convención IV de La Haya de 1907, en cuanto a la prohibición de cometer pillaje. La enmarcó en la competencia atribuida a esta instancia

32 Protocolo II, art. 1. 1.

33 Competencia atribuida al Tribunal en el art. 3 de su Estatuto, violaciones de las leyes o usos de la guerra; v. TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-AR 72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2-X-1995; TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Case N° IT-96-21, Judgement, 16-XI-1998, opinión confirmada en la apelación, Judgement, 20-II-2001, párr. 140-143; TPIY, *The Prosecutor v. Dario Kordic y Mario Cerkez*, Case N IT-95-14/2PT, Decision on Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction based on the Limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3, 12-III-1999.

jurisdiccional internacional para entender en violaciones de las leyes o usos de la guerra. El Tribunal, para llegar a esta conclusión, consideró, en primer lugar, que el Estatuto debía interpretarse en el sentido de que le otorgaba competencia para conocer en toda violación del derecho internacional humanitario que no estuviese prevista en otra de sus disposiciones. Esto es, tanto en el llamado derecho de Ginebra –los cuatro Convenios y los dos Protocolos–, como en el llamado derecho de La Haya, por referencia a las normas adoptadas en 1907. Por otra parte, en la sentencia, recordó el carácter de derecho consuetudinario del contenido del artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949 y se refirió expresamente a la jurisprudencia en ese sentido de la Corte Internacional de Justicia<sup>34</sup>, a la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>35</sup>, así como al informe que había presentado el Secretario General al Consejo de Seguridad, en cumplimiento de lo establecido en la Resolución 808 (1993), y a la declaración efectuada por Estados Unidos, luego de la adopción del Estatuto, puntualizando que tal declaración no había merecido objeciones. Por otra parte, y en respuesta a alegaciones de la defensa según las cuales, con tal interpretación, se violaba el principio *nullum crimen sine lege*, señaló que los crímenes establecidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios también constituían crímenes en la legislación nacional en vigor cuando los actos en cuestión se habían perpetrado. Así, se sentaba la opinión de que la lista de ofensas de la Convención de La Haya de 1907, contenida en el art. 3 de su Estatuto, era enunciativa y que gozaba de la capacidad de conocer en toda violación del derecho internacional humanitario consuetudinario no contemplada en ese instrumento jurídico con el carácter de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, genocidio o crímenes de lesa humanidad<sup>36</sup>. En opinión del Tribunal, el objeto de estas disposiciones es impedir que un crimen no sea de su conocimiento, lo que posibilita que el fin perseguido por el Consejo de Seguridad al establecerlo se cumpla; esto es, que los culpables no queden sin castigo cualquiera sea el contexto en el que las violaciones se llevaron a cabo. El método teleológico de interpretación y la regla del efecto útil resultan evidentes en el razonamiento seguido por esta instancia internacional.

A través de su jurisprudencia, queda claro el carácter de obligaciones mínimas de lo normado en el artículo 3 común que han de respetar las partes involucradas en

34 CIJ, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Nicaragua c. Estados Unidos, C.I.J., Recueil 1986.

35 TPIR, Le Procureur c. Jean Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-IX-1998.

36 El carácter de “paraguas” de esta norma del Estatuto del Tribunal fue reiterado en el caso The Prosecutor v. Anto Furundzija, Case N° IT-95-17/1-T, Judgement, 10-XII-1998, un líder paramilitar bosnio croata, al que también se acusaba de violaciones de las leyes o usos de la guerra contra bosnios musulmanes. Se entendió, en este caso, que la tortura y los ultrajes contra la dignidad personal, incluida la violación, son crímenes de la competencia del Tribunal en razón de lo dispuesto en el art. 3 del Estatuto. Igual criterio se siguió en el caso The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case N° IT-95-14/1-T, Judgement, 25-VI-1999, un comandante de campo bosnio croata, a quien se acusó, en virtud de la responsabilidad como comandante, de violación de las leyes o usos de la guerra bajo la forma de ultraje contra la dignidad personal y malos tratos físicos y psicológicos a los detenidos, así como en el caso The Prosecutor v. Goran Jelusic, Case N° IT-95-10-T, Judgement, 14-XII-1999, a quien se acusaba de homicidio, tratos crueles y pillaje, como violaciones de las leyes o usos de la guerra, y homicidio y actos inhumanos, como crímenes de lesa humanidad.

toda situación de conflicto armado. Ahora bien, si estas obligaciones son mínimas y el Protocolo adicional II se adoptó para desarrollar y completar sus normas, ello ha de llevar a la conclusión de que el conflicto armado que no sea de índole internacional al que se aplica el artículo 3 común no necesariamente ha de reunir todos los recaudos que exige el Protocolo II para que sus disposiciones resulten pertinentes. Y a esta conclusión, precisamente, llegó el Tribunal para ex Yugoslavia, cuando estableció que un conflicto armado existe cada vez que se recurra a la fuerza armada entre Estados o la violencia armada se prolonga entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos en el territorio de un Estado<sup>37</sup>. Esta última alternativa, por cierto, no está contemplada en el ámbito material de aplicación del Protocolo II, al no participar en los enfrentamientos fuerzas armadas gubernamentales, no obstante lo cual resulta obligatorio el respeto de lo dispuesto en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949<sup>38</sup>.

Por ello, y sobre la base de la práctica de los Estados, sus manuales militares, sus legislaciones internas tendientes a implementar las obligaciones asumidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, la intención del Consejo de Seguridad, la interpretación lógica de su Estatuto y el derecho consuetudinario, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia consideró que el derecho internacional general impone la responsabilidad penal también en caso de infracciones graves del artículo 3 común a los Convenios, sea por la falta de protección debida a las víctimas, sea por violar las reglas referidas a los métodos o medios de combate. Concluyó que tiene competencia sobre tales violaciones sin que al respecto resulte relevante que los actos alegados se hayan cometido en el contexto de un conflicto interno o internacional. Asimismo, profundizando esta interpretación, precisó que, en definitiva, conforme al derecho consuetudinario, esta norma, en tanto contiene las obligaciones mínimas que han de respetar las partes involucradas, resulta aplicable a cualquier tipo de conflicto, tenga éste o no carácter internacional<sup>39</sup>.

37 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-AR 72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72, 2-X-1995.

38 V. Tavernier, Paul, "La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, noviembre - diciembre 1997, pp. 645 y ss. Cabe señalar que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso Akayesu, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-IX-1998, reiteró esta interpretación, al señalar que, en el derecho internacional humanitario, debe hacerse una clara distinción, en cuanto al ámbito de aplicación, entre las situaciones de conflicto armado internacional, en las que todas sus normas resultan pertinentes; situaciones de conflicto armado sin carácter internacional, en las que se aplican el artículo 3 común y el Protocolo adicional II; y los conflictos armados que no son de índole internacional, en los que sólo tienen pertinencia las disposiciones del artículo 3 común.

39 TPIY, *The Prosecutor v. Anton Furundzija*, Case N° IT-95-17, Decision on the Defendant's Motions to dismiss counts 13 and 14 of the indictment (lack of subject matter jurisdiction), 29-V-1998; *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Case N° IT-96-21-A, Judgement, 20-II-2001, párr. 143.

## Ampliación de la noción de “crímenes de guerra”

En consecuencia, dado que la competencia en razón de la materia atribuida por el Consejo de Seguridad a este Tribunal está referida a normas que al momento de su establecimiento formaban parte tanto del derecho internacional consuetudinario como convencional, cabe verificar, a través de sus decisiones, que, en los años transcurridos desde la institución del Tribunal de Nuremberg, la noción de crimen de guerra se ha visto ampliada. En efecto, ella se aplica no sólo a las violaciones graves del derecho internacional humanitario que se cometan en el contexto de una guerra propiamente dicha, sino también a aquellos actos que se perpetren en vinculación con un conflicto armado, tenga éste carácter internacional o no; y ello, aun cuando, en este último supuesto, la violencia armada que se prolonga solo tuviese como protagonistas a grupos armados organizados en el territorio de un Estado<sup>40</sup>.

Esta interpretación se ve avalada si se considera que, al instituir el Consejo de Seguridad el Tribunal para Ruanda, le otorgó competencia, específicamente, para conocer no sólo en las violaciones del artículo 3 común a los Convenios, sino también en relación con el Protocolo II<sup>41</sup>; ambas normas son pertinentes en el supuesto de un conflicto armado sin carácter internacional. Este Tribunal estableció que la intensidad de este tipo de conflictos no depende de la opinión subjetiva de las partes involucradas y agregó que el artículo 3 común es de naturaleza consuetudinaria e impone responsabilidad penal individual por las violaciones graves. Es decir, violaciones de una norma que protege valores importantes y que acarrear graves consecuencias para la víctima<sup>42</sup>.

En su Estatuto, se establece con carácter enunciativo y no limitativo que, entre otros actos, tales violaciones las constituyen los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles, tales como la tortura, la mutilación o toda forma de pena corporal; los castigos colectivos; la toma de rehenes; los actos de terrorismo; los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada, y cualquier forma de atentado al pudor; el pillaje; las condenas dictadas y las ejecuciones sin juicio previo ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como

40 V. Momtaz, Djamchid, “War crimes in non-international armed conflict under the Statute of the International Criminal Court”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, pp. 177 y ss., y Robinson, Darryl y von Hebel, Herman, “War crimes in internal conflicts: article 8 of the ICC Statute”, en *ibíd.*, pp. 193 y ss.

41 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 4.

42 TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-IX-1998; cabe señalar, tal como lo hizo el Tribunal en esta sentencia, que Ruanda había ratificado los Convenios de Ginebra, el 5-5-1964, y el Protocolo adicional II, el 19-11-1984. Según uno de los testigos en el caso, el Gral. Dallaire, en el territorio de Ruanda, se desarrollaba una guerra civil entre las fuerzas gubernamentales (FAR) y las RPF bajo el comando del Gral. Kagame. Ambos grupos estaban organizados. Las RPF aumentaron su control sobre el territorio de Ruanda desde mediados de mayo de 1994, y se llevaron a cabo operaciones militares sostenidas hasta el cese del fuego del 18-7-1994, por lo que, en la sentencia, se entendió que se encontraban reunidos los requisitos para la aplicación del Protocolo II.

indispensables por los pueblos civilizados; y las amenazas de realizar los actos en cuestión. Resulta interesante señalar que las mencionadas violaciones constituyen conductas prohibidas en términos más o menos similares en el Protocolo II<sup>43</sup>, así como en el artículo 3 común a los Convenios<sup>44</sup>, con relación a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad.

Ahora bien, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establece que la protección se otorga a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, sin discriminación alguna de índole desfavorable<sup>45</sup>. El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia consideró que las violaciones de esta norma cometidas contra personas detenidas por fuerzas de la parte adversa, sea cual hubiese sido su participación en las hostilidades antes de ese momento, debían ser consideradas como cometidas contra miembros de fuerzas armadas puestos fuera de combate por la detención. Por ende, estas personas han de gozar de la protección de aquellas normas del derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos armados tales como las contenidas en el mencionado artículo 3 común<sup>46</sup>.

De los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y de su jurisprudencia interpretativa del derecho internacional humanitario surge que las violaciones de las prohibiciones contenidas en el artículo 3 común a los Convenios constituyen crímenes de guerra que pueden tener por escenario toda situación de conflicto armado. Sin embargo, cabe tener presente que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia trata, en dos normas distintas atributivas de su competencia, las violaciones de las leyes o usos de la guerra<sup>47</sup> y las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>48</sup>. Con relación a estas últimas, se establece su capacidad para conocer en los actos allí enunciados que se cometan contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones de los Convenios. Esto es, que se trata de actos vinculados con un tipo de conflicto armado: los conflictos armados internacionales.

## La cuestión del control

En este aspecto, el Tribunal puso de relieve que, para que esta disposición de su Estatuto fuese aplicable, a diferencia del supuesto referido a las violaciones de las leyes o usos de la guerra, el conflicto debía ser internacional, y señaló que un conflicto armado es internacional si se enfrentan dos o más Estados, pero que también tiene esta naturaleza cuando un tercer Estado interviene con sus tropas o alguna de las partes en el conflicto actúa en el interés de otro Estado. Recordó que paramilitares

43 Protocolo II, art. 4. 2.

44 Convenios, art. 3. 1, en particular, inc. d).

45 Convenios, art. 3. 1).

46 TPIY, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al.*, Case N° IT-96-21, Judgment, 16-11-1998.

47 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, art. 3.

48 *Ibid.*, art. 2.

y otras tropas irregulares pueden ser considerados combatientes si pertenecen a una parte en conflicto; esto es, si esa parte ejerce un control sobre ellas y si existe una relación de dependencia y lealtad. Ahora bien, a juicio del Tribunal, el control requerido para que se pueda considerar que se trata de unidades que constituyen órganos *de facto* del Estado implica no sólo el financiamiento o el equipamiento, sino también la planificación y la supervisión de operaciones militares, aun cuando no sea necesario que las órdenes o instrucciones se refieran a cada acción militar en particular; es decir que se trata del ejercicio de control global<sup>49</sup>.

Esta caracterización de un conflicto armado como internacional en razón de intervenir en un conflicto interno un tercer Estado que ejerce un control global con relación a una de las partes involucradas resulta particularmente relevante en lo que concierne a la aplicación del régimen de los Convenios de Ginebra de 1949 en materia de infracciones graves, puesto que, para tipificar una conducta como crimen de guerra, las víctimas han de ser personas protegidas en el sentido de estos tratados. Al respecto, cabe señalar que el art. 4 del IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra dispone que sus normas amparan a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén en caso de conflicto o de ocupación en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas. Es decir que una de las condiciones de su aplicación es que la persona detenida no sea “súbdita” de quien la detenta. Según el Tribunal para ex Yugoslavia y sobre la base del objeto y fin del IV Convenio, la protección debe extenderse a las personas que se encuentren en poder de una parte, siempre que ésta no les otorgue protección diplomática y los detenidos no le deban lealtad<sup>50</sup>. Tal interpretación revela que, en este caso, se siguió el criterio de la nacionalidad efectiva, sentado de larga data por la Corte Internacional de Justicia<sup>51</sup>. Por ende, de ello cabe entender que sólo si la nacionalidad comporta un vínculo genuino entre la persona y el Estado, ésta produce efectos en el derecho internacional; en la especie, el efecto de impedir que el trato que se otorgue esté regulado por el derecho internacional humanitario<sup>52</sup>.

49 TPIY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-A, Judgement, 15-VII-1999; TPIY, The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case N° IT-95-14/1A, Judgement, 24-3-2000, párr. 145-151.

50 TPIY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-A, Judgement, 15-7-1999; TPIY, The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case N° IT-95-14/1A, Judgement, 24-3-2000, párr. 151-152.

51 CIJ, caso Nottmbohm, Liechtenstein c. Guatemala, Recueil, 1955.

52 El Tribunal, ante la prueba producida, en el caso Tadic consideró que las víctimas eran personas protegidas, ya que no le debían lealtad a la República Federativa de Yugoslavia y que el conflicto era internacional, pues actuaban las fuerzas armadas serbio bosnias en el interés de la República Federativa de Yugoslavia; y, en el caso Aleksovski, entendió que el conflicto era internacional, en razón de la participación de Croacia y de que las víctimas –bosnios musulmanes– eran personas protegidas. Agregó que, en ciertas circunstancias, ha de acordarse el carácter de persona protegida, a pesar del hecho de que se tenga la misma nacionalidad de los captores.

## La relación con el conflicto armado

Los crímenes de guerra, entonces, conllevan violaciones graves de una norma internacional convencional o consuetudinaria que protege valores esenciales, que generan consecuencias graves para la víctima y comprometen la responsabilidad de la persona que la ha infringido. Estos crímenes han de perpetrarse en directa relación con el conflicto armado, sea internacional o no. Ahora bien, esta relación entre la conducta y el conflicto no implica necesariamente que los actos deban llevarse a cabo en el área donde se está combatiendo o durante el curso de un ataque. En efecto, la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario no depende de la voluntad de las partes involucradas, sino del hecho objetivo de la existencia de un conflicto armado<sup>53</sup>. El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia precisó el alcance de las obligaciones asumidas a este respecto y señaló que el hecho de que los actos de la persona acusada deban relacionarse con el conflicto no implica que se hayan llevado a cabo en la zona donde se esté combatiendo, puesto que las leyes de la guerra se aplican en todo el territorio de las partes en conflicto o, en el caso de conflictos armados sin carácter internacional, en todo el territorio que se encuentre bajo el control de una las partes; y ello, hasta la conclusión de la paz o, en el segundo caso, hasta que se logre una solución pacífica de la cuestión que las enfrenta<sup>54</sup>. En una decisión ulterior, al reiterar esta jurisprudencia, señaló que se puede tomar en cuenta una serie de factores a fin de determinar si los actos están suficientemente vinculados al conflicto para configurar un crimen de guerra. Así, serían indicios de tal vinculación el hecho de que quien lo perpetre sea un combatiente; el hecho de que la víctima sea un no combatiente; que sea un miembro de la parte adversa; el hecho de que pudiese alegarse que el acto podría servir al fin último de una campaña militar; o el hecho de que el crimen se cometió como parte o en el contexto de los deberes oficiales del imputado<sup>55</sup>. Las víctimas pueden ser miembros de las fuerzas armadas enemigas, civiles de la parte adversa, o personas internacionalmente protegidas, es decir que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades<sup>56</sup>; los crímenes pueden cometerse sea mediante la violencia contra el ser humano, sea a través del empleo de métodos o medios de combate prohibidos.

53 El artículo 1 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establece la obligación del respeto de sus normas en todas las circunstancias.

54 TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2-X-1995, párr. 70.

55 TPIY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vucovic*, Case N° IT-96-23 and IT-96-23/1A, Appeals Judgement, 12-VI-2002, párr. 59.

56 TPIY, *The Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic and Dragoljub Prac*-Case N° IT-98-30/1-T, Judgement, 2-11-2001, párr. 124.

## La jurisdicción de la Corte Penal Internacional

Muchos de los principios del derecho internacional humanitario puestos de relieve a través de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales, que interpretan las normas de sus Estatutos a la luz de la evolución de esta rama del ordenamiento jurídico positivo, así como disposiciones de tratados multilaterales adoptados con el fin de poner límites a la violencia, fueron tomados en cuenta cuando la Conferencia reunida en Roma en 1998 bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, a este Tribunal se le atribuye jurisdicción para conocer respecto de las personas naturales<sup>57</sup> cuando la conducta de que se trate constituya en el momento en que tiene lugar un crimen de su competencia<sup>58</sup>; el cargo oficial de una persona no es considerado como un eximente de su responsabilidad<sup>59</sup>; y, a la par que se establece la responsabilidad de los jefes así como la de otros superiores<sup>60</sup>, se dispone que –en principio– la obediencia a órdenes emitidas por un gobierno o un superior tampoco es un eximente de responsabilidad<sup>61</sup>.

La Corte goza de competencia para conocer –entre otros crímenes– en los crímenes de guerra<sup>62</sup>. La lista de los que se incluyen en el Estatuto es, por cierto, la más extensa. Sin embargo, en algún modo se les otorga un régimen especial, puesto que un Estado, al expresar su consentimiento en obligarse por el tratado, puede declarar que, durante un período de siete años, contados a partir de la fecha en que entre en vigor a su respecto, no acepta la competencia de la Corte en esta materia cuando se denuncie la comisión de uno de estos crímenes por sus nacionales o en su territorio<sup>63</sup>. Por otra parte, sólo con relación a ellos es posible que el acusado alegue como eximente de responsabilidad una orden emitida por un gobierno o un superior si estaba obligado por ley a obedecerla, no supiera que la orden era ilícita y ésta no fuera manifiestamente ilícita<sup>64</sup>. Asimismo, también sólo en materia de crímenes de guerra cabe invocar con el mismo alcance la legítima defensa, no ya de la persona sino de la propiedad, cuando se tratase de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar<sup>65</sup>.

En el Estatuto de la Corte, reflejando la evolución del derecho consuetudinario puesta de manifiesto en los Estatutos y en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, se contemplan cuatro categorías de crímenes de guerra; dos de ellas aplicables a los conflictos armados internacionales<sup>66</sup> y dos referidas a los que no tienen carácter

57 Estatuto de la CPI., arts. 1 y 25.

58 *Ibíd.*, arts. 22 y 23.

59 *Ibíd.*, art. 27.

60 *Ibíd.*, art. 28.

61 *Ibíd.*, art. 33.

62 *Ibíd.*, art. 5.

63 *Ibíd.*, art. 124.

64 *Ibíd.*, art. 33.

65 *Ibíd.*, art. 31. 1. c).

66 *Ibíd.*, art. 8. 2 a) y b).

internacional<sup>67</sup>. Sin embargo, en los Elementos de los Crímenes, adoptados por la Asamblea de los Estados Partes para ayudar en la aplicación e interpretación de los que se confían a la competencia de este Tribunal<sup>68</sup>, se precisa que no se exige que el autor de un crimen de guerra haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional, ni tampoco que tenga conocimiento de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional sino, únicamente, que tenga el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia del conflicto armado, puesto que un crimen de guerra ha de tener lugar en el contexto de ese tipo de conflictos y ha de estar relacionado con él.

Ahora bien, aun cuando en derecho consuetudinario los crímenes de guerra puedan cometerse por una persona a título individual y sin que se le haya ordenado llevar a cabo el acto, para que la Corte ejerza su competencia en este tipo de crímenes se requiere en el Estatuto que “en particular se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”<sup>69</sup>. El término “en particular” dejaría abierta la interpretación del alcance de esta norma a la propia Corte, ya que todo juez es juez de su propia competencia y en base a ello, eventualmente, habría de decidir si, en derecho, corresponde entender en casos individuales<sup>70</sup>.

La primera categoría de crímenes contemplada en situación de conflicto armado internacional está referida a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados<sup>71</sup>. En los Elementos de los Crímenes, siguiendo la jurisprudencia interpretativa del Tribunal para ex Yugoslavia, se precisa que no es necesario que el autor tenga conocimiento de la nacionalidad de la víctima, sino que es suficiente que sepa que pertenecía a la otra parte en el conflicto porque, por ejemplo, aún teniendo la misma nacionalidad del autor, el Estado de la nacionalidad no la protege por pertenecer a una etnia distinta de la mayoría. La segunda categoría de crímenes considera otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales “dentro del marco establecido de derecho internacional”<sup>72</sup>. La referencia al derecho internacional podría dar lugar a que se interpretase que un individuo incurriría en responsabilidad, en la medida en que violase principios del derecho internacional humanitario, tales como el principio de distinción entre combatientes y civiles, el de proporcionalidad o el de la necesidad militar.

Los crímenes que se tipifican están vinculados al “derecho de La Haya”<sup>73</sup> y son considerados crímenes de guerra en el Protocolo adicional I a los Convenios

67 Ibid., art. 8. 2 c) y e).

68 Ibid., art. 9.

69 Ibid., art. 8. 1.

70 Von Hebel, H. and Robinson, D, “Crimes Within the Jurisdiction of the Court”, en Lee, Roy (ed.), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, en particular sobre este tema, p. 124.

71 Estatuto de la CPI, 8.2 a) i) a viii).

72 Ibid., art. 8. 2 b).

73 Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la Convención de 1907, arts. 23, 28.

de Ginebra de 1949<sup>74</sup>. Sin embargo, también se incluyen en esta categoría actos violatorios de la protección debida a las misiones de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria, a condición de que éstas se estén llevando a cabo de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; es decir, siempre que no participen directamente en las hostilidades<sup>75</sup>. Por otra parte, los ataques intencionales, lanzados a sabiendas de que causarán daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, a condición de que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea<sup>76</sup>, y los dirigidos, también intencionalmente, contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares comportan, asimismo, crímenes de guerra de competencia de la Corte<sup>77</sup>. Resulta interesante señalar, en directa vinculación con las normas que específicamente protegen los bienes culturales en caso de conflicto armado, que esta disposición del Estatuto sólo está referida al ataque intencional contra un único tipo de estos bienes; los edificios dedicados a las artes o monumentos. Por ende, parecerían no considerarse los campos arqueológicos, los libros u otros bienes muebles o inmuebles que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos<sup>78</sup>. El traslado, directa o

74 Protocolo adicional I relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales, arts. 11, 85. 2.3. y 4, aun cuando no se reitere plenamente el lenguaje de estas disposiciones.

75 *Ibid.*, art.8.2 b) iii); Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, 1994.

76 *Ibid.*, art. 8. 2 b) iv); en el Protocolo I, art. 35. 3 -como una norma fundamental- se prohíbe el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural y, específicamente, en el art. 55, se dispone que, en la realización de la guerra, se velará por la protección del medio ambiente natural contra tal tipo de daños y se prohíben los ataques contra el medio ambiente natural como represalias. En el ámbito de la ONU, se adoptó, en 1976, la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles; Argentina expresó su consentimiento en obligarse por este tratado en 1987.

77 Estatuto de la CPI, art. 8. 2.b) ix).

78 Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, art. 1; en el Protocolo 2 de 1999 a esta Convención, arts. 10 y 15, se establece la obligación de los Estados Partes de considerar como delito en sus legislaciones internas, entre otros actos, hacer objeto de un ataque un bien cultural -tal como se define en la Convención- que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad; esté protegido por medidas nacionales que reconozcan su valor cultural e histórico y garanticen su protección en el más alto grado; y que no sea utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares, habiendo declarado oficialmente la Parte que lo controla que no se utilizará para esos fines. En el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 85. 4 d), se establece como crimen de guerra el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial cuando no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar y no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares. El Tribunal para ex Yugoslavia, basándose en el Protocolo I, arts. 52 y 53 que contemplan la protección general de los bienes de carácter civil y la protección de los bienes culturales y de los lugares de culto, entendió que hay dos tipos de protección; una general y otra especial. La primera se aplica a todos los bienes de carácter civil y, en virtud de ella, estos bienes no han de ser objeto de ataque ni de represalias a menos que, en las circunstancias del

indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio, también se tipifica como crimen de guerra<sup>79</sup>. Otras disposiciones de este inciso se refieren a la prohibición del empleo de ciertas armas –veneno, gases asfixiantes, tóxicos o similares, balas expansivas– ya contemplada en instrumentos internacionales de 1899 y 1925 que han pasado a formar parte del derecho consuetudinario<sup>80</sup>. En cambio, con relación a armas modernas –como el arma nuclear, las minas antipersonales o las armas químicas o biológicas– que por su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados, su empleo sólo será un crimen de competencia de la Corte si en un futuro fuesen objeto de una prohibición completa y fuesen incluidos en un Anexo al Estatuto adoptado luego de siete años de que éste se encuentre en vigor por la Asamblea de Estados Partes o en una Conferencia de Revisión<sup>81</sup>. Otra norma importante a la luz de hechos

caso, constituyan un objetivo militar que ofrezca al atacante una ventaja militar definida. La protección especial, en cambio, ampara los bienes culturales y los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, caso en el cual la prohibición de cometer actos de hostilidad contra ellos es absoluta. A juicio del Tribunal, las escuelas y los lugares de oración están amparados por la protección general; *TPIY, The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Case N° IT-95-14/2-A, Appeal Judgement, 17-XII-2004, párrs. 89-90.*

- 79 Estatuto de la CPI, art. 8. 2 b) viii, norma que en la opinión de Israel, al adoptarse el texto del Estatuto en la Conferencia de Roma, no reflejaba el derecho consuetudinario vigente en ese momento, puesto que no sólo contempla el traslado de población en el territorio ocupado, sino también el traslado por la potencia ocupante de su propia población al territorio ocupado, lo que –según expresó este Estado– motivaría que votase en contra del texto del tratado. Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia sostuvo que la deportación o el traslado ilegal de civiles pueden tipificarse como un crimen de guerra, ya que se trata de una infracción grave del Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. El Tribunal puntualizó que el elemento material del crimen lo constituye una acción u omisión que tenga por objeto la transferencia de la persona del territorio ocupado o en el territorio ocupado que no se base en la seguridad de la población o en imperiosas razones militares. El elemento subjetivo es la intención de quien lo perpetre de transferir a la persona; *TPIY, The Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, Case N° IT-98-34-T, Judgement, 31-III-2003, párrs. 519-521*
- 80 Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, 1925; Declaración de La Haya de 1899, que prohíbe el empleo de las balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.
- 81 Estatuto de la CPI, art. 8.2. b) xx); ello no obstante, cabría tener en cuenta la adopción, en el ámbito del derecho internacional humanitario, de tratados multilaterales que limitan medios de combate: Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y su destrucción, 1972; Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 1980, y sus Protocolos anexos: Protocolo I sobre fragmentos no localizables, Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, Protocolo III sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias, Protocolo IV sobre armas láser cegadoras, Protocolo sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado en 1996; Convención sobre la prohibición el desarrollo, la producción el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, 1993; Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, 1997; Enmienda a la Convención sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, con sus protocolos I, II y III, 1980; Protocolo sobre los restos explosivos de guerra, 2003.

recientes en el escenario internacional es la que considera crimen reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. El antecedente de esta disposición es la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>82</sup>. Cabe señalar que otras conductas prohibidas en los Convenios o en el Protocolo I, que sin embargo no se incluyen en esos tratados como infracciones graves o crímenes de guerra y que establezcan la responsabilidad penal individual de quienes incurran en ellas, en el Estatuto de la Corte se les atribuye tal carácter. Así, los atentados contra la dignidad de las personas, especialmente tratos humillantes y degradantes<sup>83</sup>; los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra<sup>84</sup>; la prohibición de utilizar la presencia de civiles u otras personas protegidas para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares<sup>85</sup>; la prohibición de hacer padecer hambre intencionalmente a la población civil como método de guerra<sup>86</sup> o dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional<sup>87</sup>.

En lo que hace a los crímenes de guerra que se cometan en un conflicto armado que no sea de índole internacional, también se contemplan dos categorías. La primera la constituyen las violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios<sup>88</sup>; se señala que estas normas no se aplican a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos<sup>89</sup>. La segunda está referida a otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional dentro del marco establecido de derecho internacional<sup>90</sup>. Al respecto, se especifica que estas normas son pertinentes en los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado, cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados

82 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxvi); Convención, art. 38 y Protocolo I, art. 77.

83 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxi); Protocolo I, art. 75. 2 b).

84 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxii); Convenio IV, art. 27.

85 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxiii); Convenio IV, art. 28; Protocolo I, art. 51. 7.

86 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxv); Protocolo I, art. 54. 1.

87 *Ibid.*, art. 8.2. b) xxiv); Convenios, I/ 19, 20, 24, 35, 53; II/ 22, 23, 36, 39, 41 a 45; IV/ 18, 20 a 22; Protocolo I, arts. 8, 12, 18, 21, 22, 24, 38, 85. 3. f) en cuanto tipifica como crimen de guerra el uso pèrfido del emblema; cabe señalar que estos emblemas, de la cruz roja o de la media luna roja, ocupan un lugar importante en el derecho internacional humanitario, puesto que, en tiempos de conflicto armado, son la manifestación visible de la protección que se confiere en los Convenios y en los Protocolos adicionales al personal sanitario y a las unidades y medios de transporte sanitario, y los Estados deben adoptar medidas internas que regulen su uso.

88 Estatuto de la CPI, art. 8. 2 c).

89 *Ibid.*, art. 8.2. d), Protocolo II, art. 1. 2.

90 *Ibid.*, art. 8.2. e).

o entre tales grupos<sup>91</sup>, con lo que –a este efecto– no resulta requisito para tipificar el conflicto la participación de fuerzas armadas gubernamentales. En esta categoría, se incluyen como crímenes de guerra algunos de los actos prohibidos en el Protocolo adicional II a los Convenios de 1949 que se dirijan intencionalmente contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades<sup>92</sup>, así como contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilice los emblemas distintivos de la Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional<sup>93</sup>, al igual que contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición –en este caso– de que no sean objetivos militares<sup>94</sup>. Asimismo, se tipifican como crímenes de guerra los crímenes sexuales y de género<sup>95</sup>; la prohibición de reclutar o alistar niños menores de 15 años, sea en las fuerzas armadas o en los grupos armados, o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades<sup>96</sup>; la de ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas<sup>97</sup>; saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto<sup>98</sup>; y someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud<sup>99</sup>. Por último, se incluyen como crímenes de guerra en situación de conflicto armado que no es de índole internacional ciertas prohibiciones referidas a los métodos de combate provenientes del Reglamento anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 -tales como matar o herir a traición a un combatiente adversario<sup>100</sup>, declarar que no se dará cuartel<sup>101</sup> o destruir o apoderarse de bienes de un adversario a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo<sup>102</sup>, así como la prohibición de dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia

91 *Ibíd.*, art. 8.2. f).

92 *Ibíd.* d., art. 8.2. e) i); Protocolo II, arts. 13, 2.

93 *Ibíd.*, art. 8.2. e) ii); Protocolo II arts. 9, 10, 11. 1 y 12 segunda parte.

94 *Ibíd.*, art. 8.2. e) iv); Protocolo II art. 16.

95 *Ibíd.*, art. 8.2.e) vi) siempre que también constituyan una violación grave al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

96 *Ibíd.*, art. 8.2. e) vii); Protocolo II, art. 4.3 c).

97 *Ibíd.*, art. 8.2. e) viii); Protocolo II, art. 17.

98 *Ibíd.*, art. 8.2. e) v); Protocolo II, art. 4. 2 g).

99 *Ibíd.*, art. 8.2. e) xi); Protocolo II, art. 5. 2 e).

100 *Ibíd.*, art. 8.2. e) ix); Reglamento, art. 23 b).

101 *Ibíd.*, art. 8.2. e) x); Reglamento, art. 23 d) y Protocolo II, art. 4.1, último párrafo.

102 *Ibíd.*, art. 8.2. e) xii); Reglamento, art. 23 g).

humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados<sup>103</sup>.

## Conclusiones

Las infracciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra que comprometen la responsabilidad penal individual de quienes, por acción u omisión, incurran en ellas.

Por cierto, este ordenamiento jurídico es aplicable en situación de conflicto armado internacional. Esto es, si se recurre a la fuerza armada entre Estados. Pero también puede ser pertinente en un conflicto que surja en el territorio de un Estado cuando un tercer Estado interviene con sus tropas o alguna de las partes actúe en el interés de otro Estado que ejerce sobre ella un control global.

Las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, en cambio, no constituyen su ámbito de aplicación, ya que es responsabilidad del Estado mantener o restablecer el orden público o defender la unidad territorial. Sin embargo, si la violencia armada se prolonga entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el territorio de un Estado las partes involucradas tienen los derechos y los deberes que establece el derecho internacional humanitario y, por ende, incurrir en las conductas que se prohíben también constituye crimen de guerra.

A los Estados corresponde, en primer lugar, el juzgamiento de los culpables, pero si no desean o no están en condiciones de ejercer su jurisdicción, la práctica revela la institución de tribunales penales internacionales a fin de que quienes incurran en las conductas prohibidas no queden sin castigo, cualquiera sea el contexto en que las violaciones se llevaron a cabo. Sancionar a los responsables torna evidente la efectiva aplicación del derecho, pues otorga plena eficacia a normas que interesan a la comunidad toda. Quizás en un futuro ello permita dar mejor protección a las víctimas, si acaso fuese utópico pensar que el ser humano se decidiese a erradicar definitivamente la violencia.

103 *Ibíd.*, art. 8. 2 e) iii); Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, 1994.