

## Represión penal

### El castigo de los crímenes de guerra

El derecho internacional humanitario contiene normas detalladas para proteger a las víctimas de los conflictos armados y poner límites a los métodos y medios de guerra, así como mecanismos para garantizar el cumplimiento de esas normas. Dispone, en particular, la responsabilidad individual de quienes cometen u ordenan cometer violaciones contra el derecho humanitario y exige que los responsables de violaciones graves sean enjuiciados y castigados como criminales. Por ello, los Estados tienen la obligación de reprimir todas las violaciones contra el derecho internacional humanitario y castigar a los responsables de las violaciones más graves, que reciben el nombre de "infracciones graves" y son consideradas crímenes de guerra.

#### Los crímenes de guerra y los Convenios de Ginebra

Muchas de las normas relativas a los conflictos armados internacionales figuran en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I de 1977. Los Estados tienen la obligación de hacer cesar *todas* las violaciones contra estos instrumentos, pero hay obligaciones específicas por lo que respecta a algunas violaciones graves llamadas *infracciones graves*.

Se consideran infracciones graves algunas de las violaciones más graves del derecho internacional humanitario. Son actos concretos enumerados en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo I y que incluyen el homicidio intencional, la tortura o el trato inhumano, así como causar deliberadamente grandes sufrimientos o graves atentados contra la integridad física o la salud. En el cuadro adjunto figura una lista completa de las infracciones graves, las cuales son consideradas crímenes de guerra.

#### Las infracciones graves deben ser castigadas

Los Convenios y el Protocolo I disponen claramente que las infracciones graves deben ser castigadas, pero no establecen penas específicas ni un tribunal para juzgar a los infractores. En cambio, exigen expresamente que los Estados tomen

medidas legislativas penales para castigar a los responsables de infracciones graves. También se insta a los Estados a que busquen a las personas acusadas de infracciones graves y las hagan comparecer ante los propios tribunales o las entreguen a otro Estado para que sean juzgadas.

El derecho penal de un Estado sólo se aplica, en general, a los actos cometidos en su territorio o por sus ciudadanos, pero el derecho internacional humanitario va más lejos. Impone a los Estados la obligación de buscar y castigar a todas las personas que hayan cometido infracciones graves, sin tener en cuenta la nacionalidad del infractor o el lugar donde se cometió el crimen. Este principio, llamado **jurisdicción universal**, es un elemento clave para garantizar la represión efectiva de las infracciones graves.<sup>1</sup>

En relación con las infracciones graves, el derecho internacional humanitario exige que los Estados tomen las siguientes medidas específicas:

- **en primer lugar**, los Estados han de adoptar medidas legislativas a nivel nacional para prohibir y castigar las infracciones graves, ya sea promulgando leyes especiales o

enmendando las leyes existentes<sup>2</sup>. Esta legislación debe ser aplicable a todas las personas, sea cual fuere su nacionalidad, que cometan u ordenen cometer infracciones graves, incluidos los casos de violaciones que resulten del incumplimiento de un deber legal de actuar. También ha de cubrir tanto los actos cometidos en el territorio de un Estado, o fuera de él;

- **en segundo lugar**, los Estados han de buscar y juzgar a las personas acusadas de infracciones graves. Debe juzgarlas o entregarlas a otro Estado para que las haga comparecer ante sus tribunales;<sup>3</sup>
- **en tercer lugar**, los Estados han de exigir que los comandantes militares prevengan, hagan cesar y tomen las medidas necesarias contra las personas bajo su autoridad que cometan infracciones graves;<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Para más información, consulte la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento titulada "Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra".

---

<sup>2</sup> Para más información, consulte la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento titulada "Técnica de incorporación de la sanción en la legislación penal".

<sup>3</sup> Para más información, consulte la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento titulada "Cooperación en materia de extradición y de asistencia mutua judicial en materia penal internacional".

<sup>4</sup> Para más información, consulte la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento titulada "Omisión y responsabilidad de los superiores".

- **en cuarto lugar**, los Estados han de prestarse asistencia en todo lo relacionado con los procedimientos penales relativos a infracciones graves.<sup>5</sup>

Los Estados han de cumplir estas obligaciones tanto en tiempo de paz como de conflicto armado. Para que sean efectivas, esas medidas deben tomarse antes de que puedan cometerse infracciones graves.

### **Necesidad de hacer cesar todas las violaciones contra el derecho internacional humanitario**

Los Estados deben cerciorarse del cumplimiento de todas las disposiciones del derecho humanitario, incluidas las aplicables a los conflictos armados no internacionales y las que regulan el uso de las armas. Por ejemplo, según el Protocolo relativo a las Minas anexo a la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales, los Estados deben imponer sanciones penales a las personas que, contraviniendo el Protocolo, causen la muerte o lesiones graves a civiles. Los Estados deben garantizar la observancia de las normas dimanantes del derecho internacional consuetudinario, así como las estipuladas en acuerdos internacionales. Los Estados deben tomar todas las medidas legislativas necesarias para evitar y hacer que cesen todas las violaciones contra el derecho internacional consuetudinario y esos acuerdos. Estas medidas pueden incluir reglamentos militares, órdenes administrativas y otras medidas regulatorias. Sin embargo, la legislación penal es el medio más adecuado y eficaz para castigar las violaciones graves contra el derecho internacional humanitario. Algunos Estados ya han aprobado medidas de derecho penal para sancionar las violaciones contra las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I aplicables en los conflictos armados no internacionales.

### **Tribunales internacionales y nacionales**

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instituyó dos tribunales internacionales para juzgar ciertos crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia o en

relación con los acontecimientos de Ruanda, incluidas las violaciones del derecho internacional humanitario. Además, se estableció la Corte Penal Internacional (CPI), con competencia para juzgar las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes de guerra (artículo 8 del Estatuto de Roma), en 1998.

Asimismo, se establecieron tribunales mixtos, como el Tribunal especial para Sierra Leona o las salas extraordinarias en los tribunales de Camboya. Estos tribunales integran elementos de jurisdicción nacional e internacional. Estas medidas completan los mecanismos de represión ya existentes en el derecho internacional y suponen una evolución importante para prevenir y reprimir las violaciones graves del derecho internacional humanitario. Como se reafirma en el Preámbulo del Estatuto de CPI, es deber de los Estados someter a su jurisdicción penal a los responsables de crímenes internacionales, incluyendo los crímenes de guerra. Los Estados deberán, por lo tanto, establecer una legislación penal eficaz y propiciar la asistencia mutua judicial entre Estados. Además, deberán cooperar con las jurisdicciones internacionales. Así pues, es menester una acción real en el plano nacional, a fin de garantizar el cabal respeto del derecho internacional humanitario.

<sup>5</sup> Para más información, consulte la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento titulada "Cooperación en materia de extradición y de asistencia mutua judicial en materia penal internacional".

## Infracciones graves especificadas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I de 1977

Infracciones graves especificadas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente)	Infracciones graves especificadas en el III y el IV Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 130 y 147, respectivamente)	Infracciones graves especificadas en el IV Convenio de Ginebra de 1949 (artículo 147)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Homicidio intencional;</li> <li>• tortura o tratos inhumanos;</li> <li>• experimentos biológicos;</li> <li>• el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos;</li> <li>• atentados graves contra la integridad física o la salud;</li> <li>• destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente <i>(esta disposición no está incluida en el artículo 130 del III Convenio de Ginebra).</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a una persona civil protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga;</li> <li>• el hecho de privar intencionalmente a un prisionero de guerra o a una persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La deportación o el traslado ilegal;</li> <li>• la detención ilegal de una persona protegida;</li> <li>• la toma de rehenes.</li> </ul>

## Infracciones graves especificadas en el Protocolo adicional I de 1977 (artículos 11 y 85)

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Poner gravemente en peligro, mediante una acción u omisión deliberada, la salud o la integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que estén internadas, detenidas o privadas de cualquier otra forma de libertad a causa de un conflicto armado, en particular las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes que no estén indicados por su estado de salud o que no estén de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la parte que realiza el acto.</li> </ul> <p><b><i>Los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente y si causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física o a la salud:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;</li> <li>• lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos;</li> <li>• lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos;</li> <li>• hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;</li> <li>• hacer uso péfido del signo distintivo de la cruz roja y de la media luna roja o de otros signos protectores.</li> </ul> <p><b><i>Los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio;</li> <li>• la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;</li> <li>• las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal ;</li> <li>• 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 les haya conferido protección especial, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o utilizados por la parte adversa en apoyo de su esfuerzo militar;</li> <li>• el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios y el Protocolo I de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.</li> </ul>
---	--



ICRC

**Servicio de Asesoramiento**  
en Derecho Internacional Humanitario

## Obligaciones en materia de represión penal

El derecho internacional humanitario (DIH) es un conjunto de normas cuyo objeto es proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, y limitar los métodos y medios de hacer la guerra. Define también los mecanismos destinados a garantizar el respeto de dichas normas, entre los cuales cabe destacar la prevención y la represión de las violaciones graves de este derecho. Según el DIH, las personas, incluidos los comandantes y otros altos mandos, que conculcan u ordenan conculcar estas normas incurren en responsabilidad individual. Los autores de violaciones graves han de ser juzgados y castigados. Además de la norma consuetudinaria según la cual las partes en conflicto deben respetar y hacer respetar el DIH, en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977, así como en otros tratados, se dispone concretamente la obligación de reprimir penalmente las violaciones graves. La naturaleza y la extensión de dicha obligación varían de un tratado a otro, en particular con respecto a la competencia en materia de persecución y enjuiciamiento de los autores de las violaciones.

### 1. Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977

Los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales están obligados a prevenir y poner fin a los actos contrarios a dichos instrumentos, que se cometan durante conflictos armados internacionales o internos. Las medidas que deben adoptar los Estados a tal efecto pueden ser de naturaleza diversa e incluir sanciones penales o disciplinarias, según el caso.

Además, los Estados Partes deben actuar frente a algunas violaciones flagrantes del DIH cometidas en los conflictos armados internacionales, llamadas "infracciones graves". Se trata de actos concretos, enumerados en los Convenios de Ginebra y en su Protocolo adicional I, entre los que se cuentan el homicidio intencional, la tortura y los tratos inhumanos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, así como algunas

violaciones de las normas fundamentales relativas a la conducción de las hostilidades (CG I, art. 50; CG II, art. 51; CG III, art. 130; CG IV, art. 147; P I, art. 11 y art. 85). Las "infracciones graves" se consideran crímenes de guerra (P I, art. 85.5).<sup>1</sup>

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

En los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I se estipula que las "infracciones graves" deben ser reprimidas. Los Estados Partes han de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer infracciones graves (CG I, art. 49; CG II, art. 50; CG III, art. 129; CG IV, art. 146; P I, art. 85.1).

Para cumplir estas obligaciones, los Estados Partes tienen que adoptar medidas legislativas para castigar a

los responsables de "infracciones graves", y más concretamente:

- promulgar leyes por las que se prohíban y repriman las infracciones graves, aplicables a toda persona, sea cual sea su nacionalidad, que haya cometido u ordenado cometer dichas infracciones; las mencionadas leyes regirán los actos cometidos tanto en el territorio nacional como fuera de éste, de conformidad con el principio de jurisdicción universal;<sup>2</sup>
- perseguir a las personas acusadas de haber cometido infracciones graves e incoar acciones contra ellas ante sus propios tribunales o extraditarlas para que sean juzgadas en otro Estado que tenga presunciones razonables para ello (para los Estados Partes en el P I, esta obligación también se aplica a las infracciones graves que resulten del incumplimiento de un deber de actuar (art. 86.1);

<sup>1</sup> Para más información sobre las infracciones graves, véase la Ficha técnica titulada "Represión penal. El castigo de los crímenes de guerra".

<sup>2</sup> Para más información, véase la Ficha técnica titulada "Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra".

- encomendar a los mandos militares que impidan y pongan fin a los actos constitutivos de "infracciones graves" y adopten medidas contra las personas bajo su autoridad que sean culpables de dichas infracciones;<sup>3</sup>
- brindarse ayuda judicial mutua en todo procedimiento relativo a infracciones graves<sup>4</sup>.
- adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás violaciones del DIH.

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

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

En los tratados no se establece una obligación concreta de reprimir estas violaciones. Sin embargo, según la interpretación que se ha hecho del deber de reprimirlas, éste incluye la represión de esas violaciones. En la jurisprudencia también se ha reconocido que las personas pueden ser consideradas penalmente responsables por violaciones del artículo 3 común y del Protocolo II, lo que se refleja en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

### **2. La Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su Segundo Protocolo de 1999**

#### **Las violaciones de la Convención**

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

Esta obligación se extiende a las violaciones perpetradas durante

<sup>3</sup> Para más información, véase la Ficha técnica titulada "Omisión y responsabilidad de los superiores".

<sup>4</sup> Para más información, véase la Ficha técnica titulada "Cooperación en el ámbito de la extradición y de la asistencia mutua judicial en materia penal internacional".

conflictos armados internacionales y, en lo concerniente a las disposiciones relativas al respeto de los bienes culturales, durante los conflictos armados internos (arts. 18 y 19).

### **Las violaciones del Segundo Protocolo**

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

- definir como infracciones en su legislación nacional las violaciones graves del Protocolo que sean cometidas deliberadamente que consistan en ataques contra bienes colocados bajo protección reforzada y la destrucción importante de bienes, enumeradas en el artículo 15, párrafo 1 (art. 15.2);
- enjuiciar o extraditar a los nacionales de un Estado Parte (art. 16.2 b)) que presuntamente hayan cometido alguna de las violaciones enumeradas en el artículo 15.1 (art. 17)
- adoptar las medidas legislativas, administrativas o disciplinarias necesarias para poner fin a las demás conductas delictivas, en particular las que se definen en el artículo 21;
- prohibir e impedir, en los territorios ocupados, los actos enunciados en el artículo 9, párrafo 1.

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

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

### **3. La Convención de 1972 sobre armas biológicas**

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

jurisdicción o control, el desarrollo, la fabricación, el almacenamiento, la adquisición o la conservación de agentes, toxinas y armas biológicas, así como de equipos y vectores destinados a su empleo (art. 4). Esta prohibición se observa en todas las circunstancias (art. 1). También tienen la obligación de consultarse y cooperar entre sí en la aplicación de la Convención.

### **4. La Convención de 1976 sobre técnicas de modificación ambiental**

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

### **5. Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980),**

Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas y de otra índole, para prevenir y reprimir las violaciones de las disposiciones del Protocolo cometidas por personas o en territorios sujetos a su jurisdicción o control (art. 14.1). Entre estas medidas figuran medidas relativas a la imposición de sanciones penales a las personas que cometan esas violaciones.

Los Estados Partes tienen, además, que imponer sanciones penales a las personas que, de forma deliberada, causen la muerte o heridas a civiles, en contravención de las disposiciones del Protocolo (art. 14, párr. 2). Esta obligación es aplicable en los supuestos de personas o territorios colocados bajo la jurisdicción o el control del Estado en cuestión, sea que se cometa la violación durante un

conflicto armado internacional o no internacional (art. 1, párr. 2).

Los Estados Partes también tienen la obligación de consultarse y cooperar entre sí en la aplicación de la Convención.

#### **6. La Convención de 1993 sobre armas químicas**

Los Estados Partes deben promulgar legislación penal por la que se sancionen las violaciones de la Convención que hayan sido cometidas por personas físicas o jurídicas que se encontraran en su territorio o en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control o por nacionales, con independencia del lugar de los hechos (art. VII, párr. 1).

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

La prohibición, contenida en esta Convención, de desarrollar, fabricar, adquirir por otro medio, almacenar, transferir y emplear armas químicas, y de iniciar preparativos militares para el empleo de dichas armas, se mantiene en cualquier circunstancia (art. I, párr. 1).

#### **7. Convención sobre la prohibición de las minas antipersonal, de 1997**

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

Todos los Estados Partes tienen derecho a solicitar y recibir asistencia en el cumplimiento de sus obligaciones conforme a la Convención (art. 6).

#### **8. Convención sobre las municiones en racimo, de 2008**

Cada Estado Parte debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole, incluida la imposición de sanciones penales para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida a los Estados Partes en la Convención que haya sido cometida por personas o en el territorio bajo su jurisdicción o control. (art. 9). Los Estados Partes deben tomar medidas para prohibir el uso, el desarrollo, la producción, la conservación o la transferencia de municiones en racimo, tal como se definen en la Convención (art. 1) y hacer lo necesario para que estas armas no ocasionen más víctimas en el futuro.

Cada Estado Parte tiene derecho a solicitar y recibir asistencia para cumplir las obligaciones que le impone la Convención (art. 6).

#### **9. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 1998(CPI)**

En el Estatuto de la CPI se concede competencia a la Corte sobre el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos durante conflictos armados internacionales o internos, en la definición que de ellos se hace en el Estatuto, así como sobre el crimen de agresión cuando se adopte una definición al respecto (arts. 5-9). La competencia de la CPI es complementaria de la jurisdicción de los Estados: podrá ejercer su competencia sólo en tres circunstancias: a) un Estado Parte remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) el Consejo de Seguridad remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo

La Corte admite el asunto únicamente cuando un Estado no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (art. 17). Para invocar la competencia de sus tribunales, los Estados Partes deben contar con una legislación adecuada que les permita procesar a estas personas en las condiciones estipuladas en el Estatuto.

Los Estados Partes tienen también que cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia (art. 86). Además, los Estados Partes deben reprimir los delitos contra la administración de justicia que sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales (art. 70, párr. 4).

#### **10. Tratado sobre el Comercio de Armas, 2013**

El Tratado establece normas internacionales para regular o mejorar la regulación del comercio internacional de armas convencionales (art. 1) Se aplican a siete categorías importantes de armas convencionales ya inscritas en el Registro de las Naciones Unidas de Armas Convencionales, así como las armas pequeñas y las armas ligeras (art. 2). Las actividades de comercio internacional abarcan la exportación, la importación, el tránsito, el transbordo y el corretaje (art. 2.2).

Las transferencias de armas convencionales, municiones, partes, y elementos están prohibidas si suponen una violación de las obligaciones internacionales pertinentes del Estado según los acuerdos en que sea Parte. Si en el momento de la autorización tiene conocimiento de que las armas podrían utilizarse para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil o personas civiles protegidas, u otros crímenes de guerra tipificados en los acuerdos internacionales en los que sea Parte (art. 6).

Si una exportación no está prohibida en virtud del artículo 6, un Estado Parte debe evaluar si las armas podrían utilizarse para cometer o facilitar una violación grave del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos. Si determina que existe un riesgo preponderante, el Estado no debe autorizar la exportación (art. 7).

Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para aplicar el Tratado (art. 14), incluida la adopción de sanciones penales.

Además, se alienta a los Estados partes a que mantengan consultas y contribuyan a la aplicación del Tratado. Esta obligación incluye prestarse la más amplia asistencia en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a violaciones de las medidas nacionales adoptadas con arreglo al Tratado.

## **11. Derecho consuetudinario**

Según el derecho consuetudinario, las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra, tanto en caso de conflicto armado internacional como de conflicto armado no internacional. Los Estados tienen el deber de investigar los crímenes de guerra cuando se presume que han sido cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, o en su territorio, y deben encausar, si procede, a los sospechosos. Deben hacer todo lo posible por cooperar entre ellos, a fin de facilitar la investigación respecto de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los sospechosos. Tienen el derecho de asumir la jurisdicción universal en sus tribunales nacionales respecto de los crímenes de guerra, los cuales son imprescriptibles (Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, normas 156-158, 160 y 161).

## 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 exceptuación de excusas, la responsabilidad de los superiores, etc.)?
- ¿desde el punto de vista del acusado, esta opción que compele al juez a interpretar la ley a la luz del derecho internacional, o sea, de manera extensiva, cumple con los requisitos del principio *nullum crimen et nulla poena sine lege* (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 generalis*). La combinación de la imputación global con la imputación específica puede además completarse con la aplicación subsidiaria de las demás disposiciones del derecho penal común.

#### Ventajas:

- mediante esta técnica combinada o mixta, en todas sus posibles modalidades, se pueden cumplir, de manera completa y diferenciada, las obligaciones

convencionales relativas a la represión de las violaciones del derecho internacional humanitario.

#### Inconvenientes:

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

#### 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 sanciones<sup>1</sup>:*

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 reprobable 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 CICR<sup>2</sup>;
- otras organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales;
- Comisiones nacionales de derecho internacional humanitario<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> 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".

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

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



ICRC

## SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

---

# Principios generales del derecho penal internacional

El derecho penal internacional es la rama del derecho por la cual se prohíben ciertas categorías de conducta consideradas delitos graves; se regulan procedimientos para la investigación, el enjuiciamiento y el castigo por esas categorías de conducta, y se considera que una persona que perpetre uno de esos delitos será responsable personalmente. Para hacer respetar el derecho internacional humanitario, es fundamental reprimir las violaciones graves de esta rama del derecho, especialmente si se tiene en cuenta la gravedad de algunas violaciones, consideradas crímenes de guerra, cuyo castigo redundaría en interés de la comunidad internacional en su conjunto. Dado que los crímenes internacionales incluyen cada vez más elementos extraterritoriales, los cuales exigen una mayor interacción entre Estados, es más urgente coordinar el respeto de esos principios. Los Estados deben acatar tanto los principios internacionales como los principios nacionales previstos en el respectivo derecho penal interno y los principios específicos contenidos en los instrumentos regionales en los que son Partes.

### Bases de la jurisdicción

**Un Estado ejerce su jurisdicción en el interior de su propio territorio.** La jurisdicción conlleva el poder de promulgar normas, interpretarlas o aplicarlas e intervenir para hacerlas cumplir. Si bien la aplicación de la jurisdicción coercitiva se limita generalmente al territorio nacional, en derecho internacional se admite que, en determinadas circunstancias, un Estado puede extender el ámbito de aplicación del derecho nacional respecto de sucesos que se producen fuera de su territorio (jurisdicción extraterritorial) o juzgarlos.

Se reconocen varios principios que autorizan la «jurisdicción extraterritorial», entre los cuales:

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

Mientras que estos principios requieren que haya algún tipo de vínculo entre el

acto cometido y el Estado que ejerce jurisdicción, no ocurre lo mismo con el principio de *universalidad*, otro principio que justifica la jurisdicción extraterritorial.

La jurisdicción universal establece la competencia para conocer de crímenes, independientemente del lugar en que se hayan cometido y de la nacionalidad del autor o de la víctima. Se considera que la jurisdicción universal se aplica a los principales crímenes internacionales, concretamente, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, cuya represión por parte de todos los Estados está justificada o es una exigencia por ser una cuestión de política pública internacional y de algunos tratados internacionales.<sup>1</sup>

### Prescripción

La prescripción de una acción penal en el caso de un delito, puede relacionarse con uno de dos aspectos del procedimiento legal.

- La prescripción puede aplicarse al enjuiciamiento: si ha pasado un lapso determinado desde el momento en

que se cometió el delito, esto significaría que no puede emprenderse ninguna acción pública y que no puede pronunciarse un veredicto.

- La prescripción puede aplicarse solo a la ejecución de la sentencia misma: en este caso, el hecho de que haya pasado un lapso determinado significaría que no puede aplicarse la pena.

En la mayoría de los regímenes penales se estipula la prescripción en relación con los delitos menores. Pero para los delitos graves, varios sistemas jurídicos, en especial los que se basan en el *common law*, no admiten una prescripción para el enjuiciamiento. Las legislaciones en donde existe el derecho civil disponen lapsos de prescripción mucho más largos para los delitos graves que para los delitos menores, o excluye por completo la aplicación de prescripciones para ese tipo de delitos.

La prescripción de las penas es menos frecuente. No existe en absoluto en el *common law*, y es muy restringida en los otros sistemas. En los casos en que existe, el lapso de prescripción es por lo general muy largo para los delitos más graves y no se aplican a algunos tipos

---

<sup>1</sup> Para un examen más detenido de la jurisdicción universal, véase la ficha técnica titulada "Jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra".

de delitos o en casos en que están implicados delincuentes peligrosos o reincidentes.

### **La imprescriptibilidad de algunos crímenes en el derecho internacional**

En los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos adicionales de 1977 no hay disposiciones relativas a la prescripción de los crímenes de guerra.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se aplica tanto al enjuiciamiento como a la ejecución de sentencias, y cubre los crímenes de guerra –especialmente las infracciones graves de los Convenios de Ginebra– y los crímenes de lesa humanidad –que incluyen el apartheid y el genocidio–, perpetrados tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz. Surte efectos retroactivamente, en la medida en que decide la abolición de la prescripción establecida por ley o por otros actos normativos.

Asimismo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), se dispone la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión (art. 29).

#### *Derecho internacional consuetudinario*

Varios factores han contribuido a destacar la índole consuetudinaria de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo,

- la cantidad cada vez más grande de Estados que han estipulado la imprescriptibilidad en relación con esos crímenes en su legislación penal;
- la codificación de este concepto en el artículo 29 del Estatuto de la CPI, que sus redactores consideraron crucial para evitar la impunidad por la comisión de esos crímenes;
- El número cada vez más elevado de Estados Partes en las Convenciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa.

### **Nullum crimen, nulla poena sine lege**

De conformidad con este principio, que se suele llamar también principio de la legalidad, y está plasmado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nadie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento de perpetrarse no vulneraran el derecho penal. Por consiguiente, la existencia de un crimen particular dependerá, por una parte, de la existencia de una legislación en que se defina el acto

concreto como delito y se asigne una pena específica por la comisión de ese delito; y por otra, de que la legislación vigente en el momento de su comisión dispusiera esa pena como una de las posibles sanciones por ese delito. La finalidad de este principio es velar por la especificidad y la previsibilidad de la legislación a fin de que los individuos puedan prever de forma razonable las consecuencias de sus actos. El Estatuto de la CPI contiene una disposición específica sobre el principio de legalidad (art. 22).

El principio de legalidad está asociado con el principio de no retroactividad, el principio de tipicidad, y la prohibición de la analogía. Según el principio de no retroactividad, la ley que prohíbe cierto acto debe haber existido antes de que ocurriera el acto en cuestión. Como tal, este principio prohíbe la aplicación retroactiva de la ley. El principio de tipicidad requiere que la definición del acto prohibido sea lo suficientemente precisa, al tiempo que la prohibición de la analogía exige que la definición sea interpretada de forma estricta.

### **Ne bis in idem**

La máxima latina *ne bis in idem* enuncia el principio de que nadie será juzgado o castigado dos veces por el mismo delito. Es una garantía de equidad para los imputados puesto que estos pueden tener la certeza de que la sentencia será definitiva y los protegerá contra la arbitrariedad o la posibilidad de ser enjuiciados de forma dolosa a nivel nacional o internacional. Además, la intención de este principio es hacer que las investigaciones y los enjuiciamientos sean iniciados y efectuados de forma escrupulosa.

Cabe señalar que la aplicación concreta del principio *ne bis in idem* a nivel internacional dependerá de la forma en que esté formulado en los Estatutos de los tribunales internacionales. Por ejemplo, en los Estatutos de los Tribunales Internacionales Penales para ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) se dispone que ninguna persona será sometida a juicio en un Tribunal nacional por actos respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional, mientras que, en algunas circunstancias, alguna persona que ya haya sido juzgada por un tribunal nacional podrá ser juzgada por el tribunal internacional. En el Estatuto de la CPI, la disposición relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem* es un tanto diferente ya que una persona puede ser procesada a nivel nacional por una conducta que ya constituyera una base para una condena por la CPI. En los Estatutos del TPIY, el TPIR y la

CPI se dispone que estos podrán someter a juicio a una persona por una conducta que ya fuera objeto de un proceso a nivel nacional cuando éste obedeciera al propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal a nivel internacional (Estatuto del TPIY, art. 10.2.b); Estatuto del TPIR, art. 9.2.b); Estatuto de la CPI, art. 20.3.a).

### **Formas de responsabilidad penal**

#### *Responsabilidad penal individual*

Según el derecho penal internacional, se puede considerar a una persona penalmente responsable no sólo por la comisión de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, sino también por intentar, colaborar, facilitar o ser cómplice y encubrir la comisión de esos crímenes. Una persona también puede ser penalmente responsable por planificar e incluso por instigar la comisión de esos crímenes.

#### *Responsabilidad de los superiores*

Las violaciones del derecho penal internacional también pueden ser el resultado de una omisión de actuar. Las fuerzas o grupos armados están en general bajo un mando que es responsable de la conducta de sus subordinados. Por consiguiente, para que el sistema sea eficaz, los superiores deberían ser considerados responsables cuando omitan tomar las medidas oportunas para evitar que sus subordinados cometan violaciones graves contra el derecho internacional humanitario. Por lo tanto deben ser considerados penalmente responsables por actividades criminales en las que no hayan contribuido personalmente.<sup>2</sup>

### **Inmunidad**

La inmunidad dimana de la idea de la soberanía estatal. Tradicionalmente, los representantes estatales gozaban de inmunidad contra la jurisdicción extranjera. La finalidad de la inmunidad es garantizar que los representantes estatales desempeñen eficazmente sus funciones oficiales y representen al Estado en las relaciones internacionales. Han surgido dos tipos de inmunidad:

- por una parte, la inmunidad personal, que protege los actos de las personas esenciales para la administración de un Estado, sea en su capacidad personal sea en su capacidad oficial

<sup>2</sup> Para más información, véase Ficha Técnica del Servicio de Asesoramiento titulada "Omisión y responsabilidad de los superiores".

mientras dure el ejercicio de su mandato.

- por otra, la inmunidad funcional, que se aplica a los actos oficiales de los representantes estatales en el desempeño de sus funciones en nombre de un Estado, y que se sigue aplicando respecto de esos actos después de que esos representantes hubieran cesado en el ejercicio de sus funciones.

La inmunidad sirve de impedimento procesal para la incoación de una acción judicial contra personas protegidas por jurisdicciones extranjeras; el Estado del que el funcionario tiene la nacionalidad puede, no obstante, levantar la inmunidad.

Según los Estatutos del TPIY, del TPIR y de la CPI la inmunidad por razones del cargo queda excluida en caso de crímenes internacionales (Estatuto TPIY, art. 7.2; Estatuto TPIR, art. 6.2; Estatuto CPI, art. 27.1). Sólo el Estatuto de la CPI excluye expresamente la posibilidad de valerse de la inmunidad personal en el caso de los crímenes internacionales (art. 27.2). De hecho, en el Estatuto de la CPI se llega incluso a exigir a los Estados que, respecto de la comisión de crímenes internacionales, levanten las inmunidades mediante la promulgación de legislaciones adecuadas en su derecho interno (arts. 27 y 88). En la práctica, el TPIY encausó a dos jefes de Estado en funciones, a pesar de que la jurisdicción de la Corte se podía ejercer solo después de que hubieran dejado el cargo. En el artículo 98.1 del Estatuto de la CPI se hace una salvedad respecto a la renuncia de la inmunidad de los Estados que no son Partes en el Estatuto.

## Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra

Basado en el concepto de que algunos crímenes son tan graves que afectan a toda la comunidad internacional, el principio de "jurisdicción universal", por el cual un Estado tiene derecho a enjuiciar a los criminales, aunque no haya vínculo alguno entre ese crimen y dicho Estado, es un medio de facilitar y garantizar la represión de esos crímenes. El fundamento de la jurisdicción universal es evitar la impunidad e impedir que las personas que han cometido infracciones graves puedan encontrar una tabla de salvación en un tercer Estado. En efecto, en virtud de la jurisdicción universal, todos los Estados pueden cumplir el deber de enjuiciar y castigar a los perpetradores de crímenes de guerra. Para que este principio surta efecto, los Estados deben incorporar la jurisdicción universal para los crímenes de guerra en su legislación interna.

### Jurisdicción del Estado

La jurisdicción conlleva el poder de promulgar normas (jurisdicción legislativa), interpretarlas o aplicarlas (jurisdicción declarativa) e intervenir para hacerlas cumplir (jurisdicción coercitiva). Si bien la aplicación de la jurisdicción coercitiva se limita generalmente al territorio nacional, en derecho internacional se admite que, en determinadas circunstancias, un Estado puede extender el ámbito de aplicación del derecho nacional o juzgar respecto de sucesos que se producen fuera de su territorio (jurisdicción extraterritorial).

En el derecho penal, se reconocen en general varios principios que autorizan el ejercicio de esta «jurisdicción extraterritorial», entre los cuales, los actos:

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

Estos principios requieren que haya algún tipo de vínculo entre el acto cometido y el Estado que ejerce jurisdicción, pero no el principio de *universalidad*, otro de los principios que justifican la jurisdicción extraterritorial.

### Jurisdicción universal

La jurisdicción universal permite a una jurisdicción conocer de crímenes, independientemente del lugar en que se cometieron y de la nacionalidad del autor o de la víctima. Se aplica a una serie de

actos delictivos que todos los Estados, por motivos de interés de orden público internacional, pueden o deben reprimir, debido a la gravedad de los crímenes, y a la importancia que la comunidad internacional da a su represión.

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

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

### Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra

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

### Derecho convencional

En los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las

víctimas de la guerra, se estipula, por primera vez, la jurisdicción universal para las violaciones de dichos Convenios que se califican de «infracciones graves».

Conforme a los artículos pertinentes de cada Convenio (artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente), los Estados tienen la obligación de buscar a los presuntos autores «sea cual fuere su nacionalidad», y deben hacerlos comparecer ante los propios tribunales o entregarlos, mediante extradición, para que sean juzgados por otro Estado Parte que les imputa cargos suficientes. Si bien en los Convenios no se estipula expresamente que la jurisdicción debe ejercerse sea cual fuere el lugar donde se cometió el crimen, se ha entendido por lo general que establecen una jurisdicción universal obligatoria. Esta se refleja en la frase *aut dedere aut judicare*, los Estados no tienen otra opción que perseguir o extraditar a las personas que presuntamente hayan cometido infracciones graves. Esta obligación impone a los Estados una actitud activa, puesto que su deber es velar por que la persona que haya cometido infracciones graves sea detenida y juzgada. Con esta finalidad y puesto que no siempre es posible la extradición hacia otro Estado, los Estados siempre deben disponer de una legislación penal que les permita juzgar a los presuntos autores, sea cual fuere su nacionalidad o el lugar donde se cometió el crimen.

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

En otros instrumentos pertinentes para el DIH, como la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su Segundo Protocolo, se dispone una obligación similar, esto es que los Estados partes repriman las violaciones graves de estos instrumentos sobre la base del principio de la jurisdicción universal. Se ha interpretado que la Convención contra la Tortura de 1984 crea una obligación para los Estados de ejercer la jurisdicción universal cuando sea necesario para reprimir la comisión de ese crimen. Según la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006, los Estados deben tomar medidas para ejercer su jurisdicción universal sobre el delito de desaparición forzada, en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no lo extraditen.

### Derecho internacional consuetudinario

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

A diferencia del derecho convencional, no parece haber argumentos que permitan concluir que el derecho internacional consuetudinario *obliga* a los Estados a ejercer este tipo de jurisdicción. En efecto, según la norma 157 del Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario<sup>1</sup>, los Estados *tienen derecho* a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra.

### Métodos legislativos

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

Las disposiciones constitucionales son de fundamental importancia para determinar el lugar que ocupa el derecho internacional consuetudinario o

<sup>1</sup> V. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm>

convencional en el ordenamiento jurídico nacional. Se puede pensar que los tribunales podrán invocar directamente el derecho constitucional o el derecho internacional para ejercer jurisdicción universal cuando se permite o exige. Sin embargo, dado que las disposiciones de derecho internacional pertinentes no se consideran de aplicabilidad inmediata, es preferible definir la jurisdicción sobre los crímenes de guerra en el derecho nacional.<sup>2</sup> Por lo tanto, los Estados deben velar por que haya un fundamento específico para ejercer la jurisdicción, una clara definición del crimen y de sus elementos constitutivos, así como sanciones adecuadas.

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

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

### Cuestiones legislativas

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

- a fin de impedir la impunidad, todos los crímenes de guerra deberían estar sometidos a la jurisdicción universal, háyanse cometido en un conflicto armado internacional o no internacional;
- cabe indicar claramente que la jurisdicción se extiende a cuantos

<sup>2</sup> Para más información sobre los métodos utilizados para incorporar la jurisdicción universal en la legislación nacional, consúltese la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento "Técnica de incorporación de la sanción en la legislación penal".

cometieron u ordenaron cometer los crímenes imputados<sup>3</sup>, independientemente de su nacionalidad o del lugar donde se cometió el crimen;

- han de definirse de manera precisa los criterios que permiten incoar la acción penal o que justifican declarar que no procede; sin embargo, el objeto de esos factores condicionantes debería ser incrementar la eficacia y la previsibilidad de la jurisdicción universal y no deberían restringir de forma innecesaria la posibilidad de enjuiciar a presuntos criminales;
- dado que puede concurrir la jurisdicción de los Estados, el ejercicio de esta jurisdicción por uno de ellos puede someterse a algunas condiciones, como: el respeto del principio *non bis in idem* (no se emprenderá una acción legal dos veces por una misma causa), la consideración de penas dictadas en el extranjero, el ejercicio previo de la jurisdicción por otro Estado o por una jurisdicción internacional, la presencia, incluso provisional, de la persona acusada en el territorio del Estado demandante.

### Otras cuestiones

La persecución y el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el extranjero causan dificultades particulares respecto del acopio de pruebas, de los derechos de la defensa y de la identificación y protección de los testigos y de las víctimas. De hecho, el acceso de las víctimas a la justicia debe garantizarse en la mayor medida posible.

El procedimiento aplicable a las acciones judiciales y a los juicios en aplicación de la jurisdicción universal debe resolver estas dificultades mediante disposiciones pertinentes para facilitar la investigación y el acopio, análisis y la preservación de pruebas. En este aspecto, arreglos en materia de cooperación y asistencia mutua judicial internacional son fundamentales y, según los casos, deben reforzarse<sup>4</sup>. También es esencial que los jueces y abogados tengan la capacidad necesaria para litigar y conocer de esos casos.

<sup>3</sup> Para más información sobre la responsabilidad penal individual, véase la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento, titulada "Omisión y responsabilidad de los superiores".

<sup>4</sup> Para más información sobre la cooperación judicial, consulte la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento titulada: "Cooperación en materia de extradición y de asistencia mutua judicial en materia penal internacional".

## Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra

Basado en el concepto de que algunos crímenes son tan graves que afectan a toda la comunidad internacional, el principio de "jurisdicción universal", por el cual un Estado tiene derecho a enjuiciar a los criminales, aunque no haya vínculo alguno entre ese crimen y dicho Estado, es un medio de facilitar y garantizar la represión de esos crímenes. El fundamento de la jurisdicción universal es evitar la impunidad e impedir que las personas que han cometido infracciones graves puedan encontrar una tabla de salvación en un tercer Estado. En efecto, en virtud de la jurisdicción universal, todos los Estados pueden cumplir el deber de enjuiciar y castigar a los perpetradores de crímenes de guerra. Para que este principio surta efecto, los Estados deben incorporar la jurisdicción universal para los crímenes de guerra en su legislación interna.

### Jurisdicción del Estado

La jurisdicción conlleva el poder de promulgar normas (jurisdicción legislativa), interpretarlas o aplicarlas (jurisdicción declarativa) e intervenir para hacerlas cumplir (jurisdicción coercitiva). Si bien la aplicación de la jurisdicción coercitiva se limita generalmente al territorio nacional, en derecho internacional se admite que, en determinadas circunstancias, un Estado puede extender el ámbito de aplicación del derecho nacional o juzgar respecto de sucesos que se producen fuera de su territorio (jurisdicción extraterritorial).

En el derecho penal, se reconocen en general varios principios que autorizan el ejercicio de esta «jurisdicción extraterritorial», entre los cuales, los actos:

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

Estos principios requieren que haya algún tipo de vínculo entre el acto cometido y el Estado que ejerce jurisdicción, pero no el principio de *universalidad*, otro de los principios que justifican la jurisdicción extraterritorial.

### Jurisdicción universal

La jurisdicción universal permite a una jurisdicción conocer de crímenes, independientemente del lugar en que se cometieron y de la nacionalidad del autor o de la víctima. Se aplica a una serie de

actos delictivos que todos los Estados, por motivos de interés de orden público internacional, pueden o deben reprimir, debido a la gravedad de los crímenes, y a la importancia que la comunidad internacional da a su represión.

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

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

### Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra

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

### Derecho convencional

En los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las

víctimas de la guerra, se estipula, por primera vez, la jurisdicción universal para las violaciones de dichos Convenios que se califican de «infracciones graves».

Conforme a los artículos pertinentes de cada Convenio (artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente), los Estados tienen la obligación de buscar a los presuntos autores «sea cual fuere su nacionalidad», y deben hacerlos comparecer ante los propios tribunales o entregarlos, mediante extradición, para que sean juzgados por otro Estado Parte que les imputa cargos suficientes. Si bien en los Convenios no se estipula expresamente que la jurisdicción debe ejercerse sea cual fuere el lugar donde se cometió el crimen, se ha entendido por lo general que establecen una jurisdicción universal obligatoria. Esta se refleja en la frase *aut dedere aut judicare*, los Estados no tienen otra opción que perseguir o extraditar a las personas que presuntamente hayan cometido infracciones graves. Esta obligación impone a los Estados una actitud activa, puesto que su deber es velar por que la persona que haya cometido infracciones graves sea detenida y juzgada. Con esta finalidad y puesto que no siempre es posible la extradición hacia otro Estado, los Estados siempre deben disponer de una legislación penal que les permita juzgar a los presuntos autores, sea cual fuere su nacionalidad o el lugar donde se cometió el crimen.

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



En otros instrumentos pertinentes para el DIH, como la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su Segundo Protocolo, se dispone una obligación similar, esto es que los Estados partes repriman las violaciones graves de estos instrumentos sobre la base del principio de la jurisdicción universal. Se ha interpretado que la Convención contra la Tortura de 1984 crea una obligación para los Estados de ejercer la jurisdicción universal cuando sea necesario para reprimir la comisión de ese crimen. Según la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006, los Estados deben tomar medidas para ejercer su jurisdicción universal sobre el delito de desaparición forzada, en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no lo extraditen.

### Derecho internacional consuetudinario

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

A diferencia del derecho convencional, no parece haber argumentos que permitan concluir que el derecho internacional consuetudinario *obliga* a los Estados a ejercer este tipo de jurisdicción. En efecto, según la norma 157 del Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario<sup>1</sup>, los Estados *tienen derecho* a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra.

### Métodos legislativos

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

Las disposiciones constitucionales son de fundamental importancia para determinar el lugar que ocupa el derecho internacional consuetudinario o

<sup>1</sup> V. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm>

convencional en el ordenamiento jurídico nacional. Se puede pensar que los tribunales podrán invocar directamente el derecho constitucional o el derecho internacional para ejercer jurisdicción universal cuando se permite o exige. Sin embargo, dado que las disposiciones de derecho internacional pertinentes no se consideran de aplicabilidad inmediata, es preferible definir la jurisdicción sobre los crímenes de guerra en el derecho nacional.<sup>2</sup> Por lo tanto, los Estados deben velar por que haya un fundamento específico para ejercer la jurisdicción, una clara definición del crimen y de sus elementos constitutivos, así como sanciones adecuadas.

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

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

### Cuestiones legislativas

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

- a fin de impedir la impunidad, todos los crímenes de guerra deberían estar sometidos a la jurisdicción universal, háyanse cometido en un conflicto armado internacional o no internacional;
- cabe indicar claramente que la jurisdicción se extiende a cuantos

<sup>2</sup> Para más información sobre los métodos utilizados para incorporar la jurisdicción universal en la legislación nacional, consúltese la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento "Técnica de incorporación de la sanción en la legislación penal".

cometieron u ordenaron cometer los crímenes imputados<sup>3</sup>, independientemente de su nacionalidad o del lugar donde se cometió el crimen;

- han de definirse de manera precisa los criterios que permiten incoar la acción penal o que justifican declarar que no procede; sin embargo, el objeto de esos factores condicionantes debería ser incrementar la eficacia y la previsibilidad de la jurisdicción universal y no deberían restringir de forma innecesaria la posibilidad de enjuiciar a presuntos criminales;
- dado que puede concurrir la jurisdicción de los Estados, el ejercicio de esta jurisdicción por uno de ellos puede someterse a algunas condiciones, como: el respeto del principio *non bis in idem* (no se emprenderá una acción legal dos veces por una misma causa), la consideración de penas dictadas en el extranjero, el ejercicio previo de la jurisdicción por otro Estado o por una jurisdicción internacional, la presencia, incluso provisional, de la persona acusada en el territorio del Estado demandante.

### Otras cuestiones

La persecución y el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en el extranjero causan dificultades particulares respecto del acopio de pruebas, de los derechos de la defensa y de la identificación y protección de los testigos y de las víctimas. De hecho, el acceso de las víctimas a la justicia debe garantizarse en la mayor medida posible.

El procedimiento aplicable a las acciones judiciales y a los juicios en aplicación de la jurisdicción universal debe resolver estas dificultades mediante disposiciones pertinentes para facilitar la investigación y el acopio, análisis y la preservación de pruebas. En este aspecto, arreglos en materia de cooperación y asistencia mutua judicial internacional son fundamentales y, según los casos, deben reforzarse<sup>4</sup>. También es esencial que los jueces y abogados tengan la capacidad necesaria para litigar y conocer de esos casos.

<sup>3</sup> Para más información sobre la responsabilidad penal individual, véase la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento, titulada "Omisión y responsabilidad de los superiores".

<sup>4</sup> Para más información sobre la cooperación judicial, consulte la Ficha técnica del Servicio de Asesoramiento titulada: "Cooperación en materia de extradición y de asistencia mutua judicial en materia penal internacional".

## **"La responsabilidad de los superiores y la responsabilidad por omisión"**

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

### **Introducción a la responsabilidad de los superiores**

La responsabilidad de los superiores incluye dos conceptos de responsabilidad penal.

Por una parte, puede considerarse que el superior es directamente responsable por ordenar a sus subordinados que cometan actos ilícitos. En este contexto, los subordinados que se defiendan diciendo que cumplían órdenes dadas por superiores pueden evitar que se les impute responsabilidad si, habida cuenta de las circunstancias, hubieran tenido que obedecer o no la orden de los superiores.

Por otra, existe el concepto llamado responsabilidad del superior, caso en el cual el superior puede ser considerado responsable por la conducta ilícita de un subordinado. Este concepto de responsabilidad del superior es una forma de responsabilidad indirecta y se basa en la omisión de actuar del superior.

### **Responsabilidad del autor directo por omisión**

El sistema de represión de las «infracciones graves» establecido por los Convenios de Ginebra de 1949 incluye a las «personas que hayan cometido, u ordenado cometer», cualquiera de esas infracciones. También se imputa la responsabilidad penal cuando la «infracción grave» es el resultado de una omisión de actuar. Por ejemplo, puede cometerse un

homicidio intencional mediante la privación de alimentos o de asistencia. Asimismo, la «infracción grave» que consiste en «privar [a un prisionero de guerra] de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente» se comete la mayoría de las veces por omisión.

El Protocolo adicional I de 1977 es más explícito y en su artículo 86, párrafo 1, se precisa que:

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

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

### **Responsabilidad de los superiores por omisión**

Se trata aquí del caso en que el superior, faltando a su deber, nada hace para impedir que su subordinado cometa una violación del DIH o para castigarlo cuando cometa este tipo de violación. En pocas palabras, puede atribuirse responsabilidad al superior por acción o por omisión.

### **Los juicios tras la Segunda Guerra Mundial**

La responsabilidad de los superiores fue una cuestión decisiva durante la Segunda Guerra Mundial. Aunque en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg no se estipula norma alguna sobre el particular, las decisiones tomadas en los juicios ulteriores trazaron los límites de esta responsabilidad.

El mecanismo de la responsabilidad de los superiores, que impone la responsabilidad penal cuando un superior omite actuar cuando tenía el deber de hacerlo, puede resumirse de la siguiente manera:

- se trata de un superior, es decir, de una persona que tiene autoridad con respecto a un subordinado;
- el superior sabía o debía haber sabido que el crimen había sido cometido o se iba a cometer;
- el superior tenía la capacidad para impedir la conducta criminal, y
- el superior no tomó todas las medidas necesarias y razonables, que estaban a su alcance, para impedir o castigar la conducta criminal.

### **Convenios de Ginebra de 1949**

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

## El Protocolo adicional I de 1977

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

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

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

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

La cuestión de lo que se exige que el superior tenga conocimiento de los actos o de los proyectos del subordinado es delicada. El conocimiento del superior no debe presumirse, sino únicamente establecerse mediante pruebas circunstanciales. No se necesita que el superior tuviera un conocimiento real de los crímenes, y ha de bastar un conocimiento inferido. Se ha de considerar que el superior que descuida su deber de mantenerse informado también imputa su responsabilidad.

La responsabilidad del superior no es un tipo de responsabilidad objetiva. El deber de actuar del superior consiste en adoptar las medidas razonables o necesarias para impedir o reprimir los crímenes de su subordinado. Sólo se le exige tomar las que estén a su alcance.

## Derecho consuetudinario

Según la norma 153 del Estudio del CICR sobre el derecho internacional

humanitario consuetudinario<sup>1</sup>, los jefes militares y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables. La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales.

### La omisión del superior considerada «infracción grave»

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

En el sistema de represión definido en el DIH, la responsabilidad penal del superior se considera como una forma de participación en la comisión del crimen.

### Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales *ad hoc*

Para empezar, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* ha especificado el grado de responsabilidad de un superior que ha omitido actuar respecto de un subordinado, señalando que la imputación de responsabilidad a un superior por incumplir su deber de actuar debe considerarse teniendo en cuenta los crímenes de sus subordinados; el superior no es responsable como si hubiera cometido él mismo el crimen, sino que se considera su responsabilidad en proporción con la gravedad de las infracciones cometidas.

La jurisprudencia también ha esclarecido y precisado los requisitos del DIH para imputar la responsabilidad de los superiores. Particularmente se ha determinado que no es necesario

que el superior desempeñe *de jure* una posición jerárquica, sino que basta ejercer autoridad de hecho sobre el autor directo del crimen para imputar la responsabilidad penal de una persona. Lo que es verdaderamente importante es determinar si el superior tiene poderes reales para controlar los actos de sus subordinados, y al respecto, los tribunales internacionales *ad hoc* aplican el criterio de "control efectivo" basándose en las pruebas específicas de cada caso, a fin de saber si el superior tiene la capacidad material de evitar y castigar la conducta criminal.

También se esclareció que no es un requisito la índole militar y que se puede imputar la responsabilidad de un superior político o civil por la comisión de crímenes de guerra cometidos por sus subordinados. Por último, la jurisprudencia confirmó que para que se impute la responsabilidad del superior no es necesario que haya una causalidad directa entre la omisión del superior y la comisión del crimen.

### Responsabilidad del superior según el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) se distinguen dos tipos de responsabilidad del superior:

#### La del superior militar

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

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

#### La del superior civil

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

<sup>1</sup> Ver <http://www.icrc.org/spa/resources/document/s/publication/pcustom.htm>

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

**Responsabilidad por omisión en caso de conflicto armado no internacional**

Los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional II de 1977 no hacen explícitamente mención de una responsabilidad penal del superior jerárquico por lo que se refiere a las infracciones cometidas por sus subordinados en caso de conflicto armado no internacional. Cabe, sin embargo, resaltar que el principio de mando responsable en los grupos

armados es una condición de aplicación del Protocolo II. Por lo que atañe a la práctica de los Estados, un número cada vez mayor de legislaciones penales nacionales estipulan la responsabilidad penal de los superiores respecto de todos los crímenes de guerra, independientemente de la índole internacional o no internacional del conflicto armado en relación al cual se cometieron.

En los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para ex Yugoslavia (artículo 7, párrafo 3), para Ruanda (artículo 6, párrafo 3), el Estatuto del Tribunal Especial para la Sierra Leona (artículo 6, párrafo 3), Reglamento No. 2000/15 de la UNTAET para Timor Oriental y en el Estatuto de la CPI (artículo 28) se afirma expresamente la responsabilidad de los superiores, especialmente por omisión, respecto de los crímenes cometidos por sus subordinados en un conflicto armado no internacional. Esta forma de responsabilidad se aplica al conjunto de los crímenes sometidos a la competencia de dichas jurisdicciones. Por lo demás, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para

Ruanda se estipula explícitamente una competencia del Tribunal respecto de las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II, aplicables en situaciones de conflicto armado no internacional (artículo 4). Dígase lo mismo para el Tribunal Especial para Sierra Leona (artículos 3 y 4).; también tiene competencia sobre una lista definida de otras violaciones graves del DIH, cometidas en el contexto interno de ese país. Por lo que respecta a la CPI, tiene competencia respecto de las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y otras violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados no internacionales (Estatuto de la CPI, artículo 8, párrafo 2(c) y (e)), por las cuales se puede imputar la responsabilidad de un superior jerárquico.

Por último, como se mencionó más arriba, la norma 153 del Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario es aplicable a los conflictos armados no internacionales.

# SERVICIO DE ASESORAMIENTO

## EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

---

### Procedimiento penal

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

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

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

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

#### Inicio de la acción pública

Los crímenes de guerra pueden cometerlos tanto los miembros de las fuerzas armadas como civiles. Pueden tener lugar en el territorio nacional o en el extranjero, durante un conflicto armado internacional o durante un conflicto armado no internacional. Aunque, de igual

manera, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad pueden cometerlos los miembros de las fuerzas armadas o los civiles, la comisión de esos crímenes no se limita a situaciones de conflicto armado. Las autoridades que desean perseguir a un presunto autor de cualquiera de los crímenes más arriba mencionados deben examinar previamente cierto número de cuestiones.

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

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

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

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

Todos los acusados deben beneficiarse de las salvaguardias de procedimiento, conocidas como garantías judiciales, cuya finalidad es garantizar el respeto de los derechos del acusado a un debido proceso. Estas garantías se consideran una protección mínima que no impide que se conceda un trato más favorable<sup>1</sup>.

La cuestión de la independencia y de la imparcialidad del órgano encargado de la ejecución de la acción pública es fundamental con vistas a un funcionamiento eficaz de los mecanismos de represión de los crímenes de trascendencia internacional. Por ejemplo, en algunos países, la incoación de diligencias penales por dichos crímenes de guerra está sometida a la aprobación de una autoridad ejecutiva. Para evitar una posible inacción de los poderes públicos, por ejemplo, por razones de oportunidad política, conviene que se definan clara y rigurosamente en el derecho nacional los criterios a los que está sometida la incoación

---

<sup>1</sup> Para un debate más detallado sobre las garantías judiciales, véase la ficha técnica del Servicio Asesoramiento titulada "Salvaguardias y Garantías Judiciales".

de una acción penal, o que justifiquen decidir que no procede incoarla. También es esencial que el asesor judicial y la asistencia letrada (tanto para el acusado como para el enjuiciamiento) estén debidamente formados para el enjuiciamiento de estos crímenes internacionales. Por último, es importante que las víctimas de dichos crímenes tengan un acceso fácil y directo a la justicia, así como a la información relativa al resultado de los juicios.

### **Elección de las jurisdicciones competentes**

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

- los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio pueden ser cometidos tanto por civiles como por militares;
- pueden perseguirse en tiempo de paz o en tiempo de guerra, en particular cuando se aplica el principio de la jurisdicción universal;
- dichos crímenes pueden implicar investigaciones diligenciadas en el extranjero, o que se tenga que recurrir a la cooperación judicial, cuando se aplica el mecanismo de la jurisdicción universal, o cuando se juzga a las propias tropas enviadas al extranjero<sup>2</sup>.

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

<sup>2</sup> Para un debate más detallado sobre la cooperación, véase la ficha técnica del Servicio de Asesoramiento titulada "Cooperación en materia de extradición y de asistencia mutua judicial en materia penal internacional".

### **Acopio / administración de pruebas**

El enjuiciamiento por crímenes cometidos en el extranjero plantea problemas particulares relacionados con el acopio de pruebas y con el derecho que tiene la defensa a examinar esas pruebas. Es importante considerar estas cuestiones y, si es necesario, trazar procedimientos pertinentes, tales como el acopio de pruebas mediante vídeo o comisiones rogatorias en el extranjero, así como reforzar los acuerdos de asistencia mutua judicial internacional.

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

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

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

### **Participación de las víctimas en los juicios**

En los países con sistema del *common law*, dado que se considera que los crímenes se cometen contra el Estado, es el Estado el que incoa el enjuiciamiento. La función de las víctimas se limita a proporcionar pruebas y no se las considera parte en las actuaciones. Tras solicitud del fiscal o de la defensa, pueden participar como testigos.

En cambio, en países de derecho civil, las víctimas pueden incoar acciones penales y, por lo tanto, participar en las actuaciones (parte procesal). En este contexto, las víctimas tienen la facultad de solicitar a las autoridades, por ejemplo, que realicen indagaciones o interroguen a los testigos y expertos.

## Salvaguardias y garantías judiciales

La represión de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y del crimen de genocidio, independientemente de la nacionalidad de su autor y del lugar donde fueron cometidos, es fundamental para el respeto del derecho internacional y el interés de la justicia. El derecho penal y el sistema judicial de cada Estado deben permitir enjuiciar y juzgar a las personas acusadas de haber cometido esos crímenes. No obstante, todas las personas acusadas y/o que han de comparecer ante un tribunal deben beneficiarse de un conjunto de salvaguardias procesales y garantías fundamentales destinadas a garantizarles un debido proceso y protegerlas de toda privación ilícita o arbitraria de sus libertades y sus derechos humanos fundamentales.

Actualmente, la práctica de los Estados establece que en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un debido proceso que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales. Las personas acusadas de graves violaciones de cualquiera de los cuatro Convenios de Ginebra (CG I-IV) o del Protocolo adicional I (P I) tienen derecho a beneficiarse de las garantías jurídicas mínimas previstas en esos tratados (CG I, art. 49; CG II, art. 50; CG III, art. 129; CG IV, art. 146). El artículo 75 del Protocolo adicional I de 1977 contiene una lista de garantías a las que tienen derecho las personas protegidas en virtud de esos instrumentos y las personas acusadas de crímenes de guerra. Esas garantías constituyen exigencias mínimas que, en ningún caso, impiden que se dispense un trato más favorable de conformidad con otras disposiciones de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I. El hecho de privar a las personas protegidas de un debido proceso y legítimo es una infracción grave en virtud de lo dispuesto en los Convenios de Ginebra III y IV (CG III, art. 130; CG IV, art. 147).

El derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales (art. 3 común a los Convenios de Ginebra) prohíbe las ejecuciones efectuadas en violación de las "garantías judiciales reconocidas como indispensables" y, más específicamente, las

condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal

legítimamente constituido. El Protocolo adicional II de 1977 (P II) estipula, por lo que atañe a las infracciones cometidas en relación con un conflicto armado no internacional, que no se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna sin una sentencia previa dictada por un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. Además, especifica las salvaguardias procesales que deben respetarse (art. 6).

Los respectivos Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia (TPIY) y para Rwanda (TPIR) extienden esas garantías a todas las personas que han de comparecer ante esos tribunales (Estatuto del TPIY, arts. 10, 20 y 21; Estatuto del TPIR, arts. 9, 19 y 20). El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona dispone lo mismo para todas las personas enjuiciadas por ese tribunal (arts. 9 y 17) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) precisa y desarrolla esas garantías (arts. 20, 22, 23, 25, 66, 67, 76.4 y 81, y Reglas de Procedimiento y Prueba). Toda parte en cualquiera de esos estatutos que priva a una persona del derecho a un debido proceso comete un crimen de guerra.

Muchas de esas garantías y salvaguardias procesales ya se han incorporado al derecho nacional de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y coinciden

más o menos con las garantías que ofrecen los instrumentos de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 9-11) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14). Las garantías y los principios fundamentales establecidos en el derecho internacional humanitario deben aplicarse sin excepción y son inderogables (P I, art. 75.4). Además, el derecho nacional debe reconocer los criterios estrictos para su aplicación.

Los Estados deben velar por que las garantías enunciadas en los instrumentos en los que son parte se incorporen a la legislación nacional, por ejemplo en el código de procedimiento penal y en las normas de prueba y/o en su constitución

Los principios jurídicos y las garantías judiciales fundamentales son los siguientes:

- el principio de la responsabilidad penal individual (P I, art. 75.4.b); P II, art. 6.2.b); Estatuto de la CPI, art. 25; Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario (DIHC)<sup>1</sup>, norma 102);
- el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay crimen ni pena sin ley previa) (CG III,

---

<sup>1</sup> Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario (DIHC): <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm>

- art. 99.1; P I, art. 75.4.c); P II, art. 6.2.c); Estatuto de la CPI, arts. 22.1 y 23; Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 101);
- el principio *non bis in idem* (nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo delito) (CG III, art. 86; CG IV, art. 117.3; P I, art. 75.4.h); P II, art. 6.2.a); Estatuto de la CPI, art. 20; Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
  - el derecho de la persona acusada a ser juzgada por un tribunal independiente e imparcial sin dilaciones indebidas (CG III, art. 84.2; P I, art. 75.4; P II, art. 6.2; Estatuto de la CPI, arts. 67.1 y 67.1c); Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
  - el derecho de la persona acusada a ser informada de la índole y la causa de los cargos que se le imputan (CG III, art. 104.2; CG IV, art. 71.2; P I, art. 75.4.a); P II, art. 6.2.a); Estatuto de la CPI, art. 67.1.a); Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
  - los derechos y medios de defensa, por ejemplo derecho de la persona acusada a ser defendida por un abogado calificado de su elección (CG III, arts. 99 y 105; CG IV, arts. 72 y 74; P I, art. 75.4.a) y g); P II, art. 6.2.a); Estatuto de la CPI, art. 67.1.b), d) y e); Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
  - el derecho a la asistencia judicial gratuita si lo exige el interés de la justicia (CG III, art. 105.2; CG IV, art. 72.2; Estatuto de la CPI, art. 67.1.d); Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
  - el derecho de la persona acusada a recurrir, si es necesario, a los oficios de un intérprete (CG III, arts. 96.4 y 105.1; CG IV, arts. 72.3 y 123.2; Estatuto de la CPI, art. 67.1.f); Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
  - el derecho de la persona acusada a comunicarse libremente con el defensor (CG III, art. 105.3; CG IV, art. 72.1; Estatuto de la CPI, art. 67.1.b); Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
  - el derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarios para la preparación de la defensa (CG III, art. 105.3; CG IV, art. 72.1; Estatuto de la CPI, art. 67.1; Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);

- el derecho de la persona acusada a interrogar o hacer interrogar a los testigos (CG III, arts. 96.3 y 105.1; CG IV, art. 72.1; P I, art. 75.4.g); Estatuto de la CPI, art. 67.1.e); Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
- la presunción de inocencia (P I, art. 75.4.d); P II, art. 6.2.d); Estatuto de la CPI, art. 66; Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
- el derecho de la persona acusada a estar presente al ser juzgada (P I, art. 75.4.e); P II, art. 6.2.e); Estatuto de la CPI art. 67.1.d));
- el derecho de la persona acusada a no declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (P I, art. 75.4.f); P II, art. 6.2.e); Estatuto de la CPI, art. 67.1.g); Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
- el derecho de la persona acusada a que la sentencia sea pronunciada públicamente (P I, art. 75.4.i); Estatuto de la CPI, art. 76.4; Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100);
- el derecho de la persona acusada a ser informada acerca de sus derechos a interponer recurso (CG III, art. 106; CG IV, art. 73; P I, art. 75.4.j); P II, art. 6.3; Estudio del CICR sobre el DIHC, norma 100).

Las normas son ligeramente diferentes para las garantías judiciales que se aplican a determinadas categorías de personas, como los niños o las mujeres. El artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, prevé las garantías judiciales aplicables a los niños. Por lo que atañe a las mujeres, el derecho internacional humanitario estipula especialmente que "serán atendidos con prioridad absoluta los casos de mujeres encintas y de madres con niños de corta edad a su cargo, que sean arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado" (P I, art. 76.2).



## **Cooperación en el ámbito de la extradición y de la asistencia mutua judicial en materia penal internacional**

A fin de garantizar el cabal respeto del derecho internacional humanitario (DIH), los Estados deben establecer mecanismos para castigar las violaciones de ese derecho. La represión de las violaciones del DIH requiere, a menudo, la cooperación de diferentes Estados, no sólo porque las personas implicadas en el proceso (acusados, víctimas, testigos, etc.) pueden ser de diversas nacionalidades o estar en diferentes países, sino también porque se considera que las violaciones más graves del DIH afectan a la comunidad internacional en su conjunto. La cooperación entre Estados es también esencial cuando la prueba relativa a dichos crímenes está situada en un Estado que no es el que ha incoado el juicio, o en varios países diferentes. Habida cuenta de estas observaciones, el derecho internacional establece procedimientos de cooperación en materia de extradición, traslado de presos, asistencia mutua en ámbito judicial entre Estados, así como cooperación con los Tribunales penales internacionales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional (CPI).

### **Extradición**

La obligación de los Estados de cooperar en materia de extradición es inherente a la obligación *aut dedere aut judicare* del mecanismo de represión que se estipula en los Convenios de Ginebra de 1949 para las «infracciones graves» de estos tratados.

El Estado, en cuyo territorio o poder se encuentran las personas acusadas, tiene la posibilidad de juzgarlas o de entregarlas para que las juzgue otra Alta Parte Contratante interesada. Esta posibilidad brinda una oportunidad a dicho Estado para cumplir su obligación de enjuiciamiento o extradición<sup>1</sup>.

Esta opción se refrenda en el texto del artículo 88, párrafo 2, del Protocolo adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra, en el cual se estipula explícitamente que, cuando las circunstancias lo permitan, las Altas Partes Contratantes cooperarán en materia de extradición. Este deber supone la obligación de examinar

---

<sup>1</sup> Véase el cuadro adjunto con las disposiciones *aut dedere aut judicare* de los tratados de DIH y otros instrumentos pertinentes.

favorablemente cualquier extradición solicitada por un país que justifique su interés jurídico en el enjuiciamiento, si se reúnen los requisitos exigidos por el derecho del Estado requerido.

En la norma 161 del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario<sup>2</sup> se estipula que los Estados se esforzarán en cooperar todo lo posible entre ellos a fin de facilitar la investigación de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los imputados. La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en relación con crímenes de guerra cometidos tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales.

La práctica de los Estados muestra que la cooperación para el enjuiciamiento de los presuntos autores de crímenes de guerra debería incluir la extradición cuando se solicite, pero quizás sujeta a condiciones.

---

<sup>2</sup> Véase [http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf)

Aunque se prevé la posibilidad de extradición, en los Convenios de Ginebra nada figura sobre la cuestión de la aplicación de las excepciones que suelen estar establecidas en la legislación nacional y que pueden ser óbice a la extradición en algunos casos particulares. Por ejemplo, las excepciones relativas a la nacionalidad de la persona cuya extradición se solicita, la excepción vinculada a la índole política del crimen, la prescripción u otras condiciones que rigen la extradición según la legislación nacional (por ejemplo, la existencia de un tratado bilateral o multilateral de extradición). El Protocolo adicional I de 1977 tampoco versa sobre esta cuestión, aunque el proyecto del texto de este tratado excluía en su artículo 78 la excepción del crimen político como obstáculo a la extradición en caso de «infracción grave».

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

## Asistencia mutua judicial internacional en materia penal

La asistencia mutua judicial en materia penal figura explícitamente en el artículo 88, párrafo 1, del Protocolo adicional I de 1977, en el cual se estipula que «*las Altas Partes contratantes se prestarán la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los Convenios del presente Protocolo*». Las Partes en el Protocolo deberán prestarse asistencia mutua de la manera más completa posible en lo que respecta a cualquier procedimiento relativo a una «infracción grave». Forman parte de esta ayuda tanto los actos de asistencia mutua para un procedimiento penal realizado en el extranjero como la delegación del juicio o de la ejecución de las decisiones penales extranjeras.

El sistema de represión que se dispone en el DIH para los crímenes de guerra, que se apoya en el principio de la jurisdicción universal, implica, muy a menudo, elementos «extraterritoriales». Deberá gran parte de su eficacia a la calidad de la cooperación y de la asistencia mutua judicial existentes entre las autoridades judiciales de varios Estados. De hecho, la cooperación y la asistencia entre Estados suele ser imposible si, a nivel nacional, no hay marcos jurídicos eficaces y flexibles en los cuales quepa tal colaboración.

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

Cabe notar que otros en tratados pertinentes sobre la protección de las personas y de ciertos bienes en caso de conflicto armado se disponen la posibilidad de la extradición y la obligación de prestar asistencia mutua judicial para los juicios por violaciones graves de sus disposiciones. Por ejemplo, en el Segundo Protocolo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado (artículos 18 y 19), en el cual se insta a los Estados a prestarse asistencia en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de

extradición, incluida la asistencia con miras a la obtención de pruebas. Además, se alienta a los Estados, a falta de tratados o acuerdos para la asistencia mutua judicial, a prestarse dicha asistencia de conformidad con su legislación nacional.

El derecho internacional humanitario consuetudinario no establece una obligación absoluta de cooperación, sino más bien una expectativa de que los Estados han de realizar todos los esfuerzos con esa finalidad, en buena fe y en la medida de lo posible.

## Cooperación con los Tribunales penales internacionales *ad hoc*

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

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

Desde el 1 de julio de 2012, respecto del TPI para Ruanda, y desde el 1 de julio de 2013, respecto del TPI para ex Yugoslavia, el Mecanismo de Naciones Unidas de los Tribunales Penales Internacionales (MTPI) responderá a las solicitudes de asistencia procedentes de los

poderes públicos en relación con las investigaciones, acciones judiciales y juicios a nivel nacional. Esta función comprende todas las disposiciones enumeradas más arriba.

## Cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI)

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

En el artículo 86 del Estatuto se estipula que los Estados partes deben cooperar plenamente con la Corte en la investigación y en el enjuiciamiento que efectúa en relación con los crímenes de su competencia, o sea, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (cuando se otorgue a la CPI jurisdicción sobre este último). La Corte también puede invitar a cualquier Estado que no es parte en su Estatuto a prestar asistencia sobre la base de un arreglo especial, de un acuerdo o de cualquier otra manera adecuada (Estatuto de la CPI, artículo 87, párrafo 5(a)).

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

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

- la identificación de una persona, el lugar donde se encuentra o la ubicación de sus bienes;
- la reunión de elementos de prueba, incluidas las declaraciones hechas bajo

juramento, y la presentación de elementos de prueba, incluidos los informes o dictámenes periciales y los informes que necesite la Corte;

- el interrogatorio de personas que son objeto de investigación o de enjuiciamiento;
- la notificación de documentos, incluidos los judiciales;
- las medidas tendentes a facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de personas que declaran como testigos o expertos;
- el traslado provisional de estas personas en virtud del párrafo 7 del artículo 93,
- la inspección de lugares o sitios, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres enterrados en fosas comunes;
- la ejecución de allanamientos y decomisos;
- la transmisión de expedientes y de documentos, incluidos los expedientes y documentos oficiales;
- la protección de las víctimas y de los testigos y la preservación de las pruebas;
- a identificación, la ubicación, la inmovilización o la incautación del producto, de los bienes y los haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y
- cualquier forma de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte (Estatuto de la CPI, artículo 93, párrafo 1).

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

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

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

**Cuadro con disposiciones aut dedere aut iudicare de los tratados de DIH y otros instrumentos pertinentes**

<b>Convenio de Ginebra I de 1949</b>	Art. 49, art. 50.
<b>Convenio de Ginebra II de 1949</b>	Art. 50, art. 51.
<b>Convenio de Ginebra III de 1949</b>	Art. 129, art. 130.
<b>Convenio de Ginebra IV de 1949</b>	Art. 146, art.147.
<b>Protocolo Adicional I de 1977</b>	Art. 80, art. 85(1), art. 88(2) y (3).
<b>Segundo Protocolo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en el evento de conflicto armado</b>	Art. 16 (1), art.16(2), art.17(1).
<b>Convención contra la Tortura, y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984</b>	Art. 4, art. 5(2), art.6, art.7(1).
<b>Convención contra las desapariciones forzadas, 2006</b>	Art.9 (2), art.10, art.11(1).