

Textos extraídos del N.º 870 (junio de 2008),
de la *International Review of the Red Cross*
e incluidos en la Selección en español 2008.

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Revista fundada en 1869
y publicada por el Comité
Internacional de la Cruz Roja
Ginebra.

SELECCIÓN DE ARTÍCULOS

Sanciones



CICR

Misión de la *International Review of the Red Cross*

La *International Review of the Red Cross* es una publicación periódica del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), especializada en derecho internacional humanitario. Procura promover el conocimiento, el examen crítico y el desarrollo de esta rama del derecho, propiciar el análisis sobre la acción humanitaria en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de violencia armada, y contribuir a prevenir violaciones de las normas que protegen los derechos y los valores fundamentales. Es, además, un foro para el análisis de las causas y las características de los conflictos, a fin de facilitar la comprensión de los problemas humanitarios que éstos ocasionan. También proporciona información sobre las cuestiones que interesan al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y, en especial, sobre la doctrina y las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Comité Internacional de la Cruz Roja

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia.

El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales.

Fundado en 1863, el CICR dio origen a los Convenios de Ginebra y al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyas actividades internacionales en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia dirige y coordina.

Miembros del Comité

Presidente: Jakob Kellenberger

Vicepresidente: Olivier Vodoz

Vicepresidenta permanente: Christine Beerli

Jean Abt
Jean-Philippe Assal
Christiane Augsburger
Paolo Bernasconi
Anne de Bocard
Jean de Courten
Jacques Forster
Paola Ghillani

Claude Le Coultre
Jacques Moreillon
Gabrielle Nanchen
Yves Sandoz
Jenö C. A. Staehelin
Daniel Thürer
André von Moos

Redactor jefe

Toni Pfanner
CICR

Consejo Editorial

Ahmed Abou El-Wafa
Universidad de El Cairo, Egipto

Daniel Bar-Tal
Universidad de Tel Aviv, Israel

Annette Becker
Université Paris X, Francia

Antônio Cançado Trindade
Universidad de Brasilia, Brasil

Marika Fahlen
*Ministerio de Relaciones Exteriores,
Estocolmo, Suecia*

Bernard Haykel
Universidad de Nueva York, EE.UU.

Venkateswara S. Mani
*Universidad Nacional Jaipur,
Jaipur, Rajastán, India*

Herfried Münkler
Universidad Humboldt, Berlín, Alemania

Mona Rishmawi
*Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos, Ginebra, Suiza*

Elizabeth Salmón Gárate
*Pontificia Universidad Católica del Perú,
Lima, Perú*

Marco Sassòli
Universidad de Ginebra, Suiza

Michael N. Schmitt
*Escuela de Guerra Naval de Estados Unidos,
Newport, EE.UU.*

Terence Taylor
*Consejo Internacional de Ciencias de la Vida,
Washington, Estados Unidos*

Bakhtiyar R. Tuzmukhamedov
*Academia de Diplomacia, Moscú, Federación
de Rusia*

Peter Walker
*Centro Internacional Feinstein, Facultad
Friedman de Ciencias y Política de la Alimentación,
Universidad Tufts, EE.UU.*

Wenqi Zhu
*Escuela de Derecho, Universidad Renmin
de China, Beijing, República Popular China*

Textos extraídos del N.º 870 (junio de 2008),
de la *International Review of the Red Cross*
e incluidos en la Selección en español 2008.

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

SELECCIÓN DE ARTÍCULOS
Sanciones

Textos extraídos del N.º 870 (junio de 2008),
de la *International Review of the Red Cross*
e incluidos en la Selección en español 2008.

ÍNDICE

Junio de **2008**, N.º 870 de la versión original
Sanciones

- 3 Eficacia de las sanciones como medio para lograr un mayor respeto del derecho humanitario**
Anne-Marie La Rosa
- 31 Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal**
Jamie Allan Williamson
- 49 Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales**
Xavier Philippe

Eficacia de las sanciones como medio para lograr un mayor respeto del derecho humanitario

Anne-Marie La Rosa*

La doctora Anne-Marie La Rosa es asesora jurídica en el Servicio de Asesoramiento de la División Jurídica del CICR. Además, es profesora de derecho penal internacional.

Resumen

El examen de la eficacia de las sanciones como medio para fomentar un mayor respeto del derecho humanitario tiene distintas facetas: en primer lugar, el fortalecimiento del respeto de la ley; en segundo lugar, la sanción en sí, y en tercer lugar, las características de los autores de las infracciones. La situación de los grupos armados se analiza por separado. La autora también examina la justicia transicional como mecanismo complementario, analiza el problema de cómo atender a las víctimas y, por último, formula propuestas para ayudar a las partes a establecer un sistema de sanciones capaz de ejercer una influencia duradera en el comportamiento de los portadores de armas y lograr un mayor respeto del derecho internacional humanitario.

* La autora está a cargo del proyecto sobre sanciones que realiza el Servicio de Asesoramiento del CICR. Desde 2006, el proyecto ha recibido el apoyo y el asesoramiento permanente del Director del Centro de Derecho Internacional de la Universidad de Aix Marsella III, profesor Xavier Philippe, y de un grupo de expertos con experiencias y antecedentes diversos, en particular: Emmanuel Castano, Nueva Escuela para la Investigación Social, Nueva York; Amedeo Cottino, Universidad de Torino; Emmanuel Decaux, Universidad de París II; Pierre Hazan, periodista, asesor sobre justicia transicional; Christian Nils-Robert, Facultad de Derecho, Universidad de Ginebra; Eric Sottas, OMCT, Ginebra; Eric Steinmyller, Ministerio de Defensa, Francia; e Yves Sandoz, miembro del Comité Internacional de la Cruz Roja. Este artículo refleja en gran parte los resultados del proceso de consulta iniciado en 2006, incluida la Reunión Interregional sobre el papel de las sanciones para garantizar un mayor respeto del derecho internacional humanitario, celebrada en Ginebra del 15 al 17 de noviembre de 2007.

Las opiniones vertidas en este artículo son de la autora, no necesariamente del CICR.

En 2004, el CICR publicó un estudio sobre los orígenes del comportamiento en la guerra (en adelante, Estudio Influencia) cuyo objetivo era identificar los factores que condicionan de manera decisiva el comportamiento de los portadores de armas en los conflictos armados¹. Una de las principales conclusiones del Estudio Influencia es que la instrucción rigurosa de los combatientes, las órdenes estrictas sobre su conducta y las sanciones eficaces en caso de incumplimiento de esas órdenes son los elementos más adecuados para lograr que los portadores de armas respeten en mayor medida el derecho humanitario.

Desde 2006, el CICR ha decidido profundizar esas conclusiones, concentrándose en particular en el papel de las sanciones cuando se trata de lograr un mayor respeto del derecho humanitario. Esa decisión también se justifica por el hecho de que, en el ámbito de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, las sanciones son ineludibles. En general, los tratados internacionales prevén, en términos más o menos similares, que las Partes deben adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar su aplicación y, en particular, prever sanciones penales adecuadas, realmente eficaces y estrictamente aplicadas o incluso sanciones suficientemente disuasivas, cuando se han cometido violaciones que afectan valores fundamentales.

En los esfuerzos de acompañamiento del CICR a los Estados y las partes en conflicto a los que incumbe la responsabilidad principal de aplicar e implementar el derecho internacional humanitario, es crucial buscar medios que permitan una mejor realización de las sanciones. En otras palabras, se trata de concentrarse en las condiciones que permitirían aumentar el efecto disuasivo de las sanciones y precisar la legibilidad de su mensaje cuando se las aplica a las violaciones del derecho internacional humanitario.

La profundización del papel de las sanciones para lograr un mayor respeto del derecho humanitario también permite reafirmar la importancia de la primacía del derecho y de los valores universales fundamentales que defiende. Esta reflexión debería contribuir al fortalecimiento de la norma misma y a evitar, por esa misma vía, su cuestionamiento. Además, debería tomarse en cuenta cuando se determina qué podría ser negociable y qué no.

Para realizar este ejercicio y hallar el justo equilibrio entre los principios teóricos y el pragmatismo, deben superarse algunos desafíos. En primer lugar, puede sorprender nuestra decisión de no definir desde el principio la noción de “sanción”². Si bien las sanciones penales y su eficacia siguen siendo centrales en el debate, nos parece que el mérito de las diferentes sanciones debe analizarse en el marco de un proceso de justicia que se inscribe en el tiempo y en el espacio y que reviste una pluralidad de formas complementarias. Considerada en forma aislada, una sanción por lo general resulta insuficiente y poco eficaz. Sin embargo, puede volverse totalmente pertinente si se la coloca en un proceso general. Permite, por lo demás, responder

1 Daniel Muñoz Rojas, Jean-Jacques Frésard, *Origines du comportement dans la guerre – Comprendre et prévenir les violations du droit international humanitaire*, CICR, Ginebra, octubre de 2004.

2 Sobre la definición de “sanción” en el derecho internacional, v. la contribución de Emmanuel Decaux: “The definition of traditional sanctions: their scope and characteristics”, *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, pp. 249-257, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

a exigencias a veces contradictorias, como las de justicia reflexiva y celeridad. Profundizar el papel de las sanciones para lograr un mayor respeto del derecho humanitario nos obliga a detenernos tanto en la naturaleza y las características de las sanciones propiamente dichas, como en cuestiones tales como las formas de justicia, las personas a las que se aplican o incluso el contexto donde se las utiliza.

En segundo lugar, para ser creíble y suficientemente profunda, la reflexión sobre el papel de las sanciones obliga a abrir el debate y someter las cuestiones al fuego cruzado de las diferentes especialidades, con la intención de generar una fertilización recíproca y corriendo el riesgo de quedarnos en el plano de las generalidades. Por último, también debemos ser conscientes de que siempre existirá una diferencia entre el número de sanciones y el número de crímenes cometidos en el contexto de conflictos armados, dado el carácter con frecuencia masivo o sistemático de esos crímenes: el respeto estricto del principio de igualdad en tales circunstancias parece difícilmente realizable.

Dicho esto, se imponen algunas restricciones. La reflexión se limita a los portadores de armas, incluidos los grupos armados, aun cuando en este último caso la información por lo general es incompleta y fragmentaria. De modo que el telón de fondo es el comportamiento en la guerra, y la atención se centra en las violaciones del derecho aplicable en los conflictos armados. En ese marco, se debe tomar en consideración la realidad social de una situación de guerra donde los crímenes —incluso los graves— suelen ser cometidos debido a circunstancias y por personas que no habrían caído en la criminalidad en circunstancias normales. La reflexión se limita a las medidas dirigidas a los individuos y no a los Estados tras un hecho internacionalmente ilícito, aun cuando esas cuestiones a veces son inextricables, sobre todo cuando se trata de juzgar a los dirigentes y cuando las violaciones del derecho humanitario son la consecuencia de una política que ellos mismos han elaborado. En efecto, no se debe ignorar el papel importante que pueden cumplir los organismos judiciales internacionales cuando se reconocen oficialmente las violaciones del derecho internacional humanitario de que fueron objeto las víctimas y les otorgan reparación cuando los Estados no han respetado sus obligaciones internacionales. Además, esa jurisprudencia puede tener una influencia real en el comportamiento de los Estados, lo cual debe tomarse en consideración³.

3 Al respecto, se han podido observar importantes desarrollos en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; v., en particular, los numerosos casos presentados antes la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la cuestión de los desaparecidos en Chechenia. En esos casos, la Corte consideró que, para evitar un trato inhumano de los familiares de los desaparecidos, el Estado debía instaurar un mecanismo efectivo para dar respuestas a los familiares. V. también la contribución de Xavier Philippe relativa a la repartición de competencias entre organismos judiciales: “Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales”, *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, pp. 359-370. Disponible en español en www.icrc.org/spa/revista.

La reflexión sobre el papel de las sanciones para lograr un mayor respeto del derecho internacional humanitario se dividió en siete temas que fueron identificados en los trabajos iniciados por el CICR en 2006:

- 1) la adhesión a las normas y el grado de conocimiento del derecho internacional humanitario por las partes concernidas;
- 2) las sanciones propiamente dichas;
- 3) las características del autor de la violación;
- 4) la situación particular de los grupos armados;
- 5) la problemática de grupo;
- 6) la justicia transicional como medida de acompañamiento;
- 7) la problemática de las víctimas.

Para cada uno de estos temas, se propondrán algunos elementos que podrían servir como base para el desarrollo de una herramienta operacional. Ésta debería ayudar a las partes implicadas en la instauración de un sistema de sanciones capaz de influir de manera duradera en el comportamiento de los portadores de armas de tal modo que respeten en mayor medida el derecho internacional humanitario. Esos elementos se presentan de manera sintética en las conclusiones. En las diferentes secciones se señalan las cuestiones que merecen investigaciones suplementarias, según se pudo ir identificando a lo largo del proceso.

Adhesión a la norma

Aplicar sanciones significa también reconocer un grado insuficiente de adhesión a la norma respecto de la cual se señala una inobservancia. Pero para que los individuos respeten una norma en particular, es necesario que la conozcan, que forme parte de su marco de referencia. El simple hecho de que un Estado sea parte en un tratado internacional no alcanza, y las autoridades competentes deben tomar las medidas necesarias para trasladar las normas de esos tratados al derecho nacional.

Si bien el derecho internacional humanitario prevé la obligación de represión de todas las violaciones graves de sus disposiciones, lamentablemente debemos reconocer que la legislación de un buen número de países no cumple ese requisito. Algunos hechos que deberían ser castigados —y, por ende, las sanciones aplicables a esos hechos— simplemente no están incluidos en la legislación de referencia de numerosos Estados, y de ninguna forma. Esa situación se explica por diferentes factores, como la antigüedad de los textos correspondientes, la ausencia de prioridad o de interés de las autoridades en lo relativo a las cuestiones de derecho humanitario o, por último, una falta de voluntad política.

En los casos en que se han tomado algunas medidas, puede observarse que con mucha frecuencia son incompletas y generan problemas tanto de fondo como de forma. Por ejemplo, suele suceder que la lista de crímenes incluidos en la legislación nacional es incompleta. En algunos casos, ni siquiera figuran las disposiciones relativas a los principios generales de derecho penal internacional. Por lo

tanto, las disposiciones de aplicación general de las legislaciones penales nacionales son aplicables a los crímenes internacionales y permiten interponer obstáculos, en forma indebida, a la acción penal, como las prescripciones extintivas o la defensa de las órdenes de un superior. Además, no siempre se realizan las modificaciones y los ajustes necesarios a todos los textos pertinentes, en particular aquellos que se aplican a los portadores de armas y posibilitan un trato diferenciado para los mismos hechos tanto como crímenes correspondientes a la legislación penal de derecho común como a las infracciones militares. Esos crímenes por lo general son juzgados por instancias distintas y dan lugar a penas a veces diferentes. Por último, los sistemas suelen pecar de falta de claridad, pues las disposiciones relativas a la represión de las violaciones más graves del derecho internacional humanitario están dispersas en varios textos de aplicación (código penal, código de procedimiento penal, código de justicia militar, código penal militar, código de disciplina militar, ley especial...). Esas disposiciones rara vez se hallan agrupadas en un solo texto. Los crímenes a veces están incluidos en los textos de derecho penal general o en los de índole militar, o en ambos a la vez. En algunos casos, las jurisdicciones de derecho común son exclusivamente competentes para juzgar esos crímenes, mientras que en otros lo son los tribunales militares. Otros sistemas prefieren la competencia concurrente. Esas disparidades dan lugar al desconocimiento de las normas y de su aplicación y a una doble incoherencia. Incoherencia en cuanto a la división de las jurisdicciones encargadas de juzgar los mismos hechos; incoherencia en cuanto a los riesgos de diferencia de trato, de procedimiento y de fondo, que pueden existir entre los diferentes órdenes o tipos de jurisdicciones. Se necesita un esfuerzo de racionalización para asegurar una mejor eficacia de las sanciones. La unificación en favor de un solo tribunal parece deseable, pero es poco realista si se tiene en cuenta el apego de los Estados a sus respectivos sistemas jurisdiccionales. En cambio, la idea de similitud de las garantías, incluso de los procedimientos, ante las jurisdicciones encargadas de procesar las violaciones graves del derecho internacional humanitario debería ser objeto de una mejor recepción por parte de los Estados.

Debemos reconocer, además, que algunas normas del derecho internacional humanitario deberían ser esclarecidas para permitir una mayor coherencia de las diferentes justicias penales. En efecto, los jueces nacionales suelen verse confrontados no sólo a la ausencia de normas sino a su falta de concreción en razón del escaso número de asuntos que deben tratar. Esta situación puede ser la causa de cierta timidez respecto de los crímenes internacionales, cuando deben juzgarlos, y pueden llevar a que se declaren incompetentes respecto de los hechos reprobables, o a una interpretación errónea o incompleta de la norma existente. La clarificación de las normas podría ayudar a reducir ese riesgo.

Características de las sanciones

Una reflexión sobre la eficacia de las sanciones en el ámbito de las violaciones del derecho internacional humanitario debe referirse en gran parte a los numerosos trabajos realizados a nivel nacional en la materia, en particular en los ámbitos

de criminología y penología. Sin embargo, se deben tomar en cuenta ciertas características específicas en esta reflexión. En primer lugar, no se debe olvidar que esas violaciones son cometidas en una situación excepcional de violencia exacerbada. Se debe reconocer también que es difícil pensar que todos los crímenes serán reprimidos; además, las personas que cometieron esos crímenes y que deberían ser objeto de esas sanciones por lo general no presentan, en su mayoría, el perfil de criminales de derecho común. De modo que esas consideraciones deben tenerse en cuenta cuando se trata de precisar las características de las sanciones.

Eficacia de las sanciones

Una sanción eficaz es la que produce el efecto deseado. Desde ese punto de vista y habida cuenta de la variedad de los crímenes como de sus autores y sus víctimas, puede ser difícil evaluar la eficacia de las sanciones cuando se han cometido violaciones del derecho humanitario. En efecto, los objetivos de las sanciones pueden multiplicarse y superponerse, variar en el tiempo y en el espacio, y depender de los individuos de que se trata. Por ejemplo, no se puede asimilar las medidas de que deberían ser objeto los responsables de planificar, organizar y ordenar la ejecución de crímenes a las que se dirigen a quienes los cometen, entre los cuales a veces se cuentan niños, lamentablemente. Tampoco se puede excluir de la evaluación de las sanciones los impactos que éstas tienen en las personas que han sido lesionadas de una manera u otra.

En general, la definición de las infracciones y las sanciones sufre cierta falta de previsibilidad o de legibilidad para las personas que pueden verse implicadas en conflictos armados como portadores de armas. Por otro lado, el enfoque exclusivamente penal del comportamiento ilícito y de las sanciones hace que el efecto disuasivo de éstas se vuelva bastante ilusorio. La dinámica del ejercicio consiste en buscar los factores y las condiciones que permitirían evitar que el crimen se produzca o se repita. Para ello, se trata de recordar constantemente la idea de una construcción de un sistema de restricciones (adopten éstas la forma de sanciones o no) en cada etapa de un proceso que conduce al individuo a cometer un crimen. Esa capacidad de reacción existe en teoría, pero se la aplica insuficientemente en la práctica.

Dicho esto, algunas características de las sanciones son invariables, independientemente de las circunstancias, de los individuos a los que se dirijan o de la jurisdicción que las pronuncie. En primer lugar, parece que las sanciones no pueden cumplir su papel sino en la medida en que permitan señalar en todos los casos el carácter reprimible de la infracción, durante su comisión o apenas después. Las sanciones deben caracterizarse por la certeza de que serán pronunciadas y de que lo serán en forma inmediata, es decir que se producirá una reacción sin demora. Evidentemente, se debe reconocer que algunas sanciones, en particular penales, no siempre permiten esa celeridad, de allí el interés de explorar la combinación de medidas más aptas para producir los efectos buscados en los autores de las infracciones, las víctimas o cualquier otra persona implicada. Las sanciones también deben aplicarse indistintamente a todos los autores de violaciones, sean cuales sean sus grupos de pertenencia, a fin de respetar el principio de igualdad y de evitar generar un sentimiento de “justicia del vencedor”.

En segundo lugar, es importante la publicidad que pueda darse a las sanciones. La obligación de difundirlas es fundamental para su eficacia, ya que a través de ella la gente se informa y se educa sobre lo que constituye una violación grave y sobre las consecuencias que conlleva. Esa publicidad plantea cuestiones complejas, sobre todo en cuanto a la manera de realizarla en tiempo de paz y en tiempo de guerra. En todos los casos, debe dar cuenta del razonamiento de la sanción, es decir explicar por qué se la ha elegido, volverla legible. Además, debe referirse a todo el proceso que lleva al pronunciamiento de la sanción (teniendo en cuenta, sin embargo, los imperativos de la protección de los datos individuales), lo que de entrada excluye en todas las circunstancias las jurisdicciones clandestinas y los lugares secretos.

En tercer lugar, las sanciones deberían caracterizarse por su proximidad tanto formal como sustancial. En la medida de lo posible, deberían imponerse cerca de los lugares donde fueron cometidas las infracciones y de las personas en las que deberían producir sus efectos. Se debe evitar, dentro de lo posible, los procesos abstractos, desligados de un contexto territorial específico. No debería recurrirse a la deslocalización sino cuando la justicia *in situ* resulta imposible por razones ligadas en particular a la incapacidad o a la falta de voluntad de las partes responsables y debería ser acompañada sistemáticamente de un proceso complementario de sensibilización local. En todo caso, se debe tener en cuenta el contexto local (nacional), ponderando este factor con criterios universales como los que hemos mencionado. Por contexto entendemos el conjunto de los elementos mediatos e inmediatos que permiten un mayor impacto de la sanción en el mando y en el individuo a los que se aplica, teniendo en cuenta, sobre todo, el factor cultural. El ámbito de la sanción parece abierto a la exploración de procesos que van más allá del sistema de acusación y que se basan en lógicas que podrían producir mejores efectos en algunas circunstancias, como los procesos basados en la estigmatización pública (*shaming*) o la rehabilitación⁴. En otras palabras, los Estados deberían explorar más las diferentes maneras de aplicar el derecho “a su manera”, sin excluir el recurso a formas adaptadas de justicia más tradicional, con miras a una mejor eficacia del derecho.

En cuarto lugar, nada justifica apartarse de los principios bien establecidos de la individualización y la proporcionalidad de la pena. Sin embargo, se debe reconocer que el principio de proporcionalidad parece difícil de aplicar en el caso de violaciones sistemáticas o masivas del derecho internacional humanitario⁵. Sin embargo, si se observa con más detenimiento, el principio de proporcionalidad es una de esas falsas ideas claras de la ciencia jurídica, a las que todo el mundo se refiere sin establecer verdaderamente sus límites. Concepto nómada de diferentes ciencias, la proporcionalidad es un principio ineludible en razón de la función lógica que ejerce en la aplicación de las normas del derecho. Su riqueza —y también

4 Al respecto, v. en particular la contribución de Amedeo Cottino, que analiza el procesamiento de los crímenes por las comunidades de navajos e indígenas hawaianas. “Crime prevention and control: Western beliefs vs. traditional legal practices”, *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, pp. 289-301, disponible en www.icrc.org/spa/revista.

5 Al respecto, Emmanuel Decaux observa que, justamente, porque el crimen cometido no tiene comparación, la dimensión moral escapa a la lógica de la venganza, del ajuste de cuentas, sin por ello conformarse con un “proceso simbólico”; v. la nota 2 *supra*.

su complejidad— se halla en la evaluación de una relación entre varias magnitudes o variables que obligan, primero, al actor, luego al juez, a mantener “relaciones de proporción”, como lo haría el pintor al reproducir un paisaje en el lienzo. Evidentemente, además de la proporción inicial entre la gravedad de la falta y la sanción, existen varias otras “relaciones de proporción”, lo que explica que se hable más —o que se debería hablar más— del “principio de ausencia de desproporción” que de principio de proporcionalidad. En derecho penal, el principio de proporcionalidad obliga al juez a un procedimiento sintético, es decir a tomar en consideración no sólo los hechos que se adjudican al autor sino también la totalidad del entorno que condujo a su comisión a los fines de determinar la pena. Esa interpretación del principio de proporcionalidad permite apartarse de la lógica estricta de ciclos de venganza y de violencia que ciertamente no contribuyen a un mayor respeto del derecho internacional humanitario⁶.

Tipología de las sanciones

Desde este punto de vista, las sanciones pueden ser de diversos tipos: penal o disciplinaria, jurisdiccional o no, impuesta por un órgano penal de derecho común o militar, o incluso internacional o nacional. Pareciera que el derecho internacional humanitario no debería excluir de entrada el recurso a otras soluciones que no sean la sanción penal. Éstas podrían tomar más en consideración las particularidades contextuales y ser más aptas para dar cuenta del carácter masivo o sistemático de las violaciones. Sin embargo, no se puede transigir con el hecho de que es obligatorio conservar una sanción penal para las violaciones graves del derecho internacional humanitario y que el encarcelamiento es indispensable en esos casos. El encarcelamiento es la única sanción imaginable para castigar a los autores de crímenes graves mucho tiempo después de la comisión de las infracciones (en algunos casos, décadas después), hipótesis creíble en la medida en que estos crímenes son imprescriptibles y en los que la lucha contra la impunidad ha adquirido una nueva dinámica desde hace algunos años. De todos modos, ello no impide intentar alimentar esa forma de sanción considerándola no la concreción de la neutralización o de la eliminación de la persona de que se trate, sino más bien un proceso por el cual se la conduce a aceptar su responsabilidad, incluso frente a las víctimas. El programa destinado a su rehabilitación también debería tomar en cuenta esas especificidades. Las particularidades contextuales tampoco pueden poner en entredicho las normas internacionalmente reconocidas en el ámbito de la justicia de menores, aplicables también a los niños que han participado en la comisión de violaciones del derecho internacional

6 V. la contribución de Damien Scalia para un análisis de la aplicación a la pena de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y no retroactividad. “A few thoughts on guarantees inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes”, *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, pp. 343-357, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

humanitario y se que se basan, ante todo, en el interés superior del niño y persiguen un objetivo de rehabilitación y reintegración⁷.

Esta visión integrada de las sanciones, animada por la voluntad de extraer toda su capacidad, lleva a combinar varios tipos. Por ejemplo, en el caso de los portadores de armas, debería preferirse el recurso a la sanción disciplinaria aplicada sin demoras, junto con un proceso penal cuando se trata de violaciones graves⁸. En efecto, la sanción disciplinaria que constituye la reacción inmediata de la jerarquía puede afectar toda la dinámica del grupo y señalar de forma instantánea lo prohibido, evitando cualquier desvío sistémico posterior. La sanción penal, por su parte, que necesariamente se aplica más tarde, funciona como un recordatorio de las normas y las reglas del derecho humanitario para el autor de la infracción y para la sociedad.

El hecho de aceptar que la eficacia de la sanción puede depender de una combinación de sus diversas formas también supone que pueden utilizarse diferentes sistemas de justicia. Nunca se podría insistir demasiado en la importancia de contar con normas nacionales e internacionales claras que planteen los criterios que deberán respetarse en lo relativo a la imparcialidad, la independencia, el carácter público y la conformidad con las normas que garantizan un proceso equitativo, incluido el pronunciamiento de la pena. Además, los responsables de emitir el fallo deben estar correctamente formados antes de asumir sus funciones, incluso en lo que respecta al contexto cultural en el que deben intervenir. Una vez que se cuenta con esta base, queda por determinar cuál es el sistema más adecuado según las circunstancias. Se ha observado una clara preferencia, cuando ha sido posible, por un sistema nacional, antes que internacional, y por jurisdicciones penales comunes, en lugar de jurisdicciones penales militares, pero con bastantes matices. Sin duda existen situaciones en las que el complemento internacional es indispensable, incluso inevitable, y ámbitos donde la justicia militar puede completar armoniosamente la justicia común, en particular cuando permite un despliegue rápido en el lugar⁹. En todo caso, esos tribunales deben ofrecer todas las garantías judiciales de los derechos de la persona y del derecho internacional humanitario.

- 7 V. en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de septiembre de 1990, arts. 37, 39 y 40; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976, art. 14 (4), y también los textos internacionales que abordan específicamente la cuestión, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), documento oficial AGNU/RES/40/33, 29 de noviembre de 1983; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia (Directrices Riyadh), documento oficial CES/RES/1989/66, 14 de mayo de 1989; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, documento oficial AGNU/RES/45/113, 14 de diciembre de 1990; y Directrices de las Naciones Unidas relativas a los niños en el sistema de justicia penal, documento oficial CES/RES/1997/30, 21 de julio de 1997.
- 8 Sobre la cuestión de las sanciones disciplinarias aplicables en el contexto de las fuerzas armadas, v. la contribución de Céline Renault "The impact of military disciplinary sanctions on compliance with international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, pp. 319-326, disponible en www.icrc.org/spa/revista
- 9 En situaciones de conflicto armado, se debe precisar que los textos de referencia establecen que los prisioneros de guerra deben ser enjuiciados, en general, por tribunales militares, de modo que asimilan los prisioneros de guerra a las fuerzas armadas de la potencia detenedora. En cambio, los civiles que se encuentran en poder del enemigo deberán ser enjuiciados por los tribunales que normalmente serían competentes en su territorio (v. en particular el Convenio de Ginebra (III), arts. 82-88 y 102; Convenio de Ginebra (IV), arts. 3, 64-66 y 71).

El papel complementario que también puede cumplir la justicia tradicional en el proceso merece un análisis atento que responda al gran desafío de conciliar la preocupación por la eficacia con la preservación de los principios esenciales, en particular los vinculados a las garantías de un proceso equitativo, en situaciones donde se han cometido violaciones masivas¹⁰. Aun reconociendo la importancia de la especificidad cultural que permite evitar una visión etnocéntrica, esa especificidad no puede convertirse en un pretexto para sacrificar esos principios; además, no debe subestimarse el riesgo de instrumentalización de la justicia tradicional.

En el caso de las partes que no están en condiciones de responder por sí mismas a las violaciones y donde es necesario el complemento internacional, se abre un campo de investigación que debería ser alimentado por las experiencias aún frescas que se realizaron en los sistemas muy diversos que se han aplicado. Sin embargo, nadie duda de que el aporte internacional debería ser transitorio y apuntar a que los sistemas nacionales vuelvan a funcionar, fortaleciendo sus capacidades. Es hora de evaluar los méritos de esos sistemas *ad hoc*, como el de Bosnia-Herzegovina con la integración de jueces internacionales en el sistema nacional, el de Sierra Leona, con la creación de un tribunal mixto, o el de los tribunales internacionales independientes de los sistemas nacionales, como los de ex Yugoslavia y Ruanda, teniendo en cuenta, por supuesto, la existencia de la Corte Penal Internacional. Evidentemente, todos esos sistemas tienen sus límites, sobre todo en razón de su capacidad de absorción limitada, lo que puede constituir una fuente de frustración. De modo que se trataría de intentar formular directrices para identificar las condiciones más propicias para que las competencias internacionales enriquezcan las estructuras nacionales, para suscitar una respuesta nacional adecuada y favorecer un diálogo provechoso entre los diferentes sistemas de justicia. En esa convivencia de sistemas diferentes, se debe velar por evitar las desigualdades que pueden generar tanto los sistemas mismos como su aplicación en la determinación y la imposición de la sanción.

Competencia universal y complementariedad de las sanciones

Por último, en esta reflexión sobre la complementariedad de los papeles de los sistemas que deben señalar el oprobio, no podemos dejar de mencionar la competencia universal, principio que avala a los tribunales de todos los Estados para conocer de determinados crímenes internacionales, más allá del lugar de comisión de la infracción o de la nacionalidad del autor o de la víctima. El objetivo de esa competencia es garantizar que se repriman, en todos los casos, las infracciones particularmente graves. Es una expresión de la solidaridad de los Estados en la lucha contra la delincuencia internacional y, al menos en teoría, debería permitir encontrar en todos los casos un organismo competente para castigar. Algunos ejemplos recientes también han demostrado que la competencia universal, es decir la iniciación de procesos en el exterior, podría tener influencia en las jurisdicciones del Estado en cuyo territorio fueron cometidos los crímenes o del Estado de la nacionalidad del autor, incitando a la incoación de una acción en el territorio nacional.

10 V. la contribución de Amedeo Cottino al respecto, nota 4 *supra*.

La competencia universal también tiene repercusiones en la percepción de la sanción en el marco nacional. La tendencia general de las autoridades judiciales con respecto a las violaciones graves del derecho internacional humanitario consiste en considerar que el riesgo relativamente limitado de tener que procesar asuntos de esa índole vuelve inútil toda profundización de sus conocimientos en esos ámbitos. Pero si los mecanismos de la competencia universal se desarrollaran, incluso los lugares más pacíficos del planeta pueden verse confrontados al deber de juzgar a criminales de guerra. La situación está lejos de ser hipotética; el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, por ejemplo, transfirió a los Estados algunos casos de acusados que serán examinados en el marco de sus sistemas judiciales nacionales, y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda se prepara para hacer lo mismo¹¹. Por ello, el conocimiento por los jueces de las normas relativas a los crímenes internacionales es una necesidad y la prolongación natural de una competencia universal reafirmada. Y es indispensable sobre todo porque la efectividad de la sanción es un asunto que nos concierne a todos.

La competencia universal parece esencial debido al hecho de que está vinculada a la eficacia de la sanción y a la idea de que ningún criminal de guerra puede quedar impune. Sin embargo, en la práctica, si la aplicación suele ser difícil y tropieza con obstáculos tanto técnicos (las condiciones no son idénticas en todos los países) como políticos (selectividad de los casos) que contribuyen a que hoy se la ejerza de manera esporádica y anárquica. Por ello, parece oportuno elaborar directrices sobre el ejercicio de la competencia universal que podrían aprovechar el marco de la complementariedad recomendada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esas directrices, que tendrán en cuenta trabajos ya realizados¹², podrían establecer el mínimo de vínculos que deben existir entre el autor de la infracción y el lugar del proceso, exigiendo por ejemplo su presencia en el territorio de que se trate, insistiendo en las modalidades de cooperación entre los Estados que corresponda y haciendo hincapié en la importancia, para los Estados donde se cometieron las infracciones, de respetar su obligación de represión o, si no lo hacen, de permitir a otros Estados u organismos internacionales competentes que procedan a hacerlo.

Características del autor de la infracción

En general, los estudios revelan la necesidad de aplicar mecanismos para castigar tanto al autor de la violación como a la jerarquía que es su responsable. En cuanto al responsable de la violación propiamente dicho, quedan por resolver cuestiones relativas a su grado de responsabilidad cuando los crímenes son come-

11 Se trata del procedimiento previsto en el artículo 11 bis de sus reglamentos de procedimiento y prueba.

12 V. en particular los trabajos iniciados por la Universidad Princeton sobre la competencia universal que, en 2001, identificó algunos principios, disponibles en www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html (consultado en octubre de 2008). V. también la resolución del Instituto de Derecho Internacional, adoptada en su sesión de Cracovia en 2005, relativa a la competencia universal en materia penal respecto del crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, disponible en www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf (consultado en julio de 2008).

tidos en respuesta a una orden (manifiestamente) ilegal. Debemos recordar que la disciplina militar exige que las órdenes se cumplan sin tergiversación, bajo pena de sanciones que pueden ser muy severas, sobre todo cuando la desobediencia tiene lugar en el marco de operaciones en el terreno. La inobservancia de la orden puede darse en, por lo menos, dos casos que deben distinguirse. El primero es cuando la orden dada es *a priori* legal, pero su ejecución no lo es debido a que su imprecisión no permite que los subordinados comprendan lo que significa o las medidas que autoriza. En ese caso, es obvio que la formación se vuelve muy importante. El margen de interpretación de la orden que se deja en forma voluntaria o no a los subordinados debería medirse en función de las normas aplicables del derecho humanitario que hayan integrado, y su acción debería permanecer en la legalidad, si el proceso se ha aplicado correctamente.

El segundo caso se refiere a una orden manifiestamente ilegal. En este caso, el derecho es claro: su respeto está sujeto a sanciones y de ninguna manera puede ser un factor de exoneración, cuando mucho se lo puede considerar como circunstancia atenuante, en ciertas condiciones estrictas. De modo que el subordinado debe negarse a aceptar dicha orden. Una orden manifiestamente ilegal es una conminación cuya ilegalidad es obvia. Desde este punto de vista, el carácter ilegal de las infracciones graves previstas en los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I, del genocidio y de otros crímenes contra la humanidad difícilmente pueda cuestionarse. Es ésa la visión adoptada por el Estatuto de Roma, al menos para los dos últimos crímenes mencionados¹³. En esos casos, se trata de una concreción del principio de humanidad en el sentido de que pueden atentar contra el ser humano en aquello que le es más esencial y de que son indiscutiblemente reprobables. La situación del subordinado que debe evaluar el carácter manifiestamente ilegal de una orden es más delicada por lo que respecta a ciertos crímenes de guerra que toman en consideración un elemento de proporcionalidad¹⁴ o que obligan a distinguir entre quienes participan en las hostilidades y quienes no lo hacen. En los casos en que se decide la responsabilidad del subordinado, la sanción sin duda debería tener en cuenta la situación difícil en la que se hallaba (incluidas las presiones que soportó, incluso las amenazas que recibió). Cuando se trata de una orden que el soldado considera como manifiestamente ilícita, el marco operacional debería prever un mecanismo de clarificación de la orden al que el subordinado podría recurrir.

El superior jerárquico, por su parte, puede ver comprometida su responsabilidad en diferentes aspectos por haber participado de una forma u otra en la infracción, por haber ordenado cometer una violación, por haber omitido impedir la comisión de una infracción y, por lo tanto, no ha cumplido su obligación de vigilancia; por haber omitido castigar a quienes han cometido las infracciones o, peor aún, por haberlos encubierto. A ello se añaden las obligaciones por lo que respecta a la formación de sus subordinados.

13 Estatuto de Roma, art. 33, párr. 2.

14 Se hace referencia aquí al principio de proporcionalidad propio del derecho internacional humanitario que requiere que la gravedad de las consecuencias de una conducta determinada en las personas y los bienes protegidos por ese derecho no sea excesiva con respecto a la ventaja militar prevista.

Nadie duda de la importancia de la responsabilidad de los superiores civiles y militares, aun cuando no hayan participado directamente en la infracción. Además, nos complacen los recientes desarrollos de la jurisprudencia en la materia, tanto a nivel nacional como internacional, sobre todo en lo que respecta a las condiciones que deben reunirse para que los superiores civiles o militares vean comprometida su responsabilidad¹⁵. Sin embargo, se reconoce que varias cuestiones deben clarificarse para que esa forma de responsabilidad sea integrada plenamente en los teatros de operaciones por lo que respecta tanto a las violaciones graves del derecho humanitario como a las que no lo son.

En primer lugar, debería precisarse la noción de superior. Al respecto, el comentario del Protocolo I sostiene que se trata de “un superior que tenga una responsabilidad personal con respecto al autor de las actuaciones en cuestión, porque este último, al ser su subordinado, está bajo su control”¹⁶. Sin embargo, poco dice respecto de los problemas vinculados a la cadena jerárquica y al mando, así como al grado de responsabilidad en los diferentes casos, que van de la orden de cometer la infracción a las lagunas en cuanto a la formación, pasando por la complicidad, la instigación, la incitación y la tolerancia. Esta cuestión podría profundizarse y vincularse provechosamente a la de la orden manifiestamente ilícita antes mencionada.

En segundo lugar, las medidas que deben ser tomadas por los superiores deberían definirse más claramente en función de su jerarquía y de su posición en la cadena de mando para permitirles ver mejor lo que razonablemente se espera de ellos. Por último, no podemos desconocer los vínculos que existen entre el control militar y el poder del órgano civil de tutela. Es necesario que el espectro de la sanción pueda influir en todos los que podrían ver comprometida su responsabilidad, sobre todo los directivos.

En tercer lugar, se debe reconocer que este enfoque basado en la distinción entre superiores y subordinados oculta la importancia de los cuadros intermedios tanto en la ejecución de actos criminales como en la reconstrucción de una sociedad que sale de un conflicto. En efecto, el examen de las penas pronunciadas por el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia revela que las penas más severas se reservaron para los mandos que fueron juzgados y para los subalternos cuyos actos eran particularmente ignominiosos. A la luz de los primeros análisis, parece que los acusados que habían ocupado posiciones intermedias en la jerarquía fueron sancionados, en general, de manera más clemente, lo que también podría traducir su desvinculación con respecto a las políticas criminales enjuiciadas o incluso su voluntad de aliviar los daños o los sufrimientos resultantes de aquellas. Se debe tener en cuenta que fue el contexto particular del conflicto armado el que hizo caer en la criminalidad a muchos de ellos. Además, a partir de ellos se iniciarán los esfuerzos de reconstrucción social en el período posterior al conflicto. En ese contexto, el carácter pedagógico y didáctico de la sanción cobra toda su importancia. En efecto, debe detallar correctamente la conexión que existe entre

15 Para más información al respecto, v. la contribución de Jamie A. Williamson, “Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal”, *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008. Disponible en español en www.cicr.org/spa/revista.

16 CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, Tomo II, Plaza y Janés, Bogotá, 2001, párr. 3544.

el crimen reprochado y la persona de que se trate, de manera que ésta no tenga más opción que reconocerlo. Una sanción que no explicara suficientemente en que medida es reprochable la participación de esa persona o que diera a entender que su responsabilidad no está comprometida sino en razón de una asociación lejana con el crimen¹⁷ lamentablemente puede hacer surgir un fenómeno de rechazo del conjunto del proceso y fomentar sentimientos de rencor que inevitablemente se transmitirán a las generaciones futuras, reproduciendo precisamente lo que la sanción intenta evitar¹⁸.

Este enfoque binario basado en la oposición superior-subordinado no toma suficientemente en consideración el papel de los instigadores en la preparación del entorno propicio a la violación del derecho internacional humanitario. Al respecto, debemos felicitarlos del hecho de que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda retome las disposiciones ya incluidas en 1949 en la Convención sobre el genocidio que hacen punibles la incitación directa y pública a cometer un genocidio y que ese Tribunal no ha dudado en aplicarlas. Por lo demás, no había motivos contrarios a extender esa forma de participación criminal a los demás crímenes internacionales, dado el lugar que ocupan los instigadores que, a través de su discurso, contribuyen a la demonización del adversario y a la justificación de los crímenes cometidos en su contra, tal como se explica más abajo.

Por último, debemos señalar también la importancia, para una justicia adecuada, de cubrir a todos los que pueden cometer violaciones del derecho humanitario. El caso particular de las fuerzas de la Organización de las Naciones Unidas o de organizaciones regionales debe seguir siendo objeto de investigaciones, si bien se han realizado muchos trabajos al respecto. La reciente resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los funcionarios de esa organización y de los expertos en misión que recomienda prever, en la legislación nacional, disposiciones penales particulares para los contingentes de los países que integran las fuerzas de la ONU merece ser destacada y considerada por todos los que participan y apoyan el proceso de aplicación de las obligaciones internacionales a nivel nacional¹⁹. Además, las Naciones Unidas y las organizaciones regionales competentes deberían aplicarse también a sí mismas los criterios más severos en la materia y, en particular, prever la instauración de un sistema disciplinario común que podría responder a la necesidad de celeridad y de inmediatez que exigen las sanciones²⁰. Esas organizaciones también deberían velar por la formación adecuada de sus cuadros y difundir la información y los conocimientos en todos los niveles. En tal contexto, la cuestión de la imputabilidad de las empresas de seguridad privadas y de sus miembros también debería abordarse.

17 Se debería prestar particular atención a los casos donde se recurre a la noción de “empresa criminal común”.

18 Se debe señalar también que el proceso al que es sometida una persona condenada debe, para producir los efectos analizados, abarcar también los mecanismos que permiten modular la pena en función del individuo, así como de la situación a la que esa persona deberá enfrentarse una vez purgada la pena.

19 V. en particular el documento oficial AGNU A/RES/62/63, 8 de enero de 2008, sobre todo los párrafos 2 y 3.

20 Al respecto, E. Decaux agrega, con razón, que un sistema de ese tipo debe fundarse en los principios de subsidiariedad y de *non bis in idem*, nota 2 *supra*.

Grupos armados²¹

Si se considera que las sanciones deberían producir los mismos efectos en personas que se encuentran en circunstancias similares, ¿en qué medida pueden alcanzar a las partes disidentes de conflictos armados no internacionales? De entrada se descartan las sanciones que podrían imponer las autoridades contra los miembros de facciones armadas por el mero hecho de haber participado en las hostilidades, sin que esa participación implique violaciones del derecho humanitario²². Lo que nos interesa aquí es la medida en la que el discurso de las sanciones puede integrarse en la lógica de los grupos armados y contribuir a un mayor respeto del derecho humanitario.

La difusión de la norma entre los grupos armados es un punto clave no sólo para sensibilizarlos con respecto a las sanciones, sino también para lograr su adhesión al proceso. Dado que el acceso a esos grupos es más difícil y sus estructuras suelen ser poco claras, la aplicación del derecho internacional humanitario puede ser aleatoria. En materia de sanciones, el mensaje debe transmitirse con claridad: los miembros de los grupos armados, los de los demás grupos que participan en el conflicto, así como los miembros de las fuerzas gubernamentales o de los grupos vinculados a éstas, deberán responder por las infracciones cometidas. Es ésta la visión adoptada por la Corte Penal Internacional, para la que los crímenes atañen a toda persona física, incluidos los actores no estatales. Además, ese mensaje debería tener dos connotaciones. Por un lado, debería advertir a los potenciales autores de infracciones que corren el riesgo de que se tomen medidas en su contra y que el conflicto no será una excusa. Por otro lado, también permite subrayar que todos serán juzgados con la misma vara, reafirmando así el principio de igualdad. Por lo demás, los expertos han observado que el CICR puede cumplir un papel particular respecto de los grupos armados. En la medida en que tiene acceso a esos grupos, el CICR puede transmitir un mensaje claro sobre las sanciones y sobre la importancia de castigar toda violación grave del derecho internacional humanitario. Pero la difusión de la norma no alcanza; es necesario, además, que el discurso aborde las modalidades del respeto, así como los mecanismos que deben aplicarse en caso de infracción, mecanismos que en todos los casos deben respetar los principios de una justicia equitativa.

Varios factores influyen en el papel que cumplen las sanciones sobre el comportamiento de los grupos armados. El tamaño del grupo, la intensidad y la duración del control ejercido en un territorio son factores de los que depende la instauración de instituciones similares a las que los Estados tienen la obligación de establecer. La

21 El CICR se interesa particularmente por la cuestión del respeto del derecho internacional humanitario por los grupos armados y ha identificado una serie de herramientas útiles para ello; v. en particular el anexo 3 del informe titulado “El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos”, presentado en la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, disponible en [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5U6L4U/\\$File/INTCONFIHL%20Main%20report%20final%20SPANISH_2.pdf](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5U6L4U/$File/INTCONFIHL%20Main%20report%20final%20SPANISH_2.pdf). V. también la contribución de Carolin Wuerzner y de la autora de este artículo sobre la cuestión, “Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008. Disponible en www.icrc.org/spa/revista.

22 V. Protocolo II, art. 6 (5), que prevé que, cuando cesen las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por otorgar la mayor amnistía posible a las personas que hayan participado en el conflicto.

existencia de una cadena de mando clara es esencial para transmitir normas conformes al derecho humanitario y formar a las tropas en la materia, así como para poner término a comportamientos que se aparten de ese derecho y sancionarlos. Por último, los objetivos perseguidos por el grupo armado también pueden influir en el lugar reservado a las sanciones en la lógica del grupo. Por ejemplo, la importancia del reconocimiento del grupo armado por la comunidad internacional puede ejercer una influencia positiva determinante ya que podría incitarlos a demostrar su respeto del derecho y su capacidad de señalar y reprimir lo que está prohibido, lo que también podría contribuir a realzar su imagen. En cambio, es posible imaginar que los efectos de las sanciones serán escasos en un grupo armado cuyo principal objetivo sea la desestabilización y la voluntad de romper con todo elemento de normalización. Si el grupo lucha contra un régimen racista u opresor, se adherirá más fácilmente a algunos valores que si su objetivo principal es el cuestionamiento de esos valores y el rechazo del sistema en el que se basan. La importancia que otorga el grupo de la primera categoría a la imagen que proyecta en la comunidad internacional puede tener una influencia positiva en su voluntad de demostrar su preocupación por respetar esos valores y su capacidad de reprimir su transgresión.

De todos modos, es obvio que, en este ámbito, deben realizarse investigaciones más profundas en cuanto a la manera en que podrían hacer justicia las partes disidentes de conflictos armados no internacionales, así como a la adaptación, si fuera necesario, de los principios de una justicia adecuada, en esas situaciones que, por su naturaleza, son inestables y, en principio, transitorias. El derecho internacional humanitario no parece excluir *a priori* que los grupos armados inicien procesos penales. Insiste, más bien, en la importancia de la formación regular de esos tribunales, en su carácter independiente e imparcial y en el hecho de que deben ofrecer todas las garantías procesales reconocidas²³. Al respecto, parece importante y necesario realizar estudios para poner de relieve las garantías procesales indispensables para una justicia penal adecuada y garantizar su aplicación y su respeto. Si las partes interesadas no toman ninguna medida contra los miembros de los grupos armados que han cometido violaciones del derecho humanitario, esa asimetría en la aplicación de la sanción no puede más que generar un sentimiento de injusticia e impunidad que lamentablemente anula todo efecto positivo de las sanciones. Por lo tanto, es importante buscar mecanismos que garanticen, sobre una misma base, la represión de toda persona que viole el derecho internacional humanitario, más allá del grupo al que pertenezca.

Grupos y sanciones

El papel del grupo en el comportamiento del combatiente se ha tratado debidamente en el Estudio Influencia. Por ejemplo, se observa que numerosos trabajos de investigación realizados en el transcurso de las últimas décadas han demostrado que los combatientes muchas veces están influenciados no por la ideología, el odio o

23 V. en particular el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el apartado 2 del artículo 6 del Protocolo adicional II.

el miedo, sino más bien por la presión del grupo y el temor de ser rechazados, incluso castigados, por éste. El Estudio Influencia destaca la importancia de comprender las dinámicas de los grupos de referencia²⁴. En términos militares, en general la referencia es al espíritu de camaradería de la unidad militar a las que se pertenece y que produce una solidaridad tanto vertical como horizontal. En ese contexto, el obediencia a la autoridad adquiere toda su importancia. Un dirigente de la UNPROFOR (Fuerza de Protección de las Naciones Unidas), presente en el sitio de Sarajevo en 1995, observó en la reunión interregional realizada por el CICR sobre la cuestión del papel de las sanciones, que el ejercicio de la autoridad no es la imposición de una disciplina feroz. Es, más bien, una alquimia sutil que se crea en una confianza absoluta entre el jefe y sus subordinados y que se basa en la competencia del jefe, por supuesto, en su autoridad, pero también en la atención benevolente que preste a cada uno de sus hombres, con un componente afectivo muy fuerte²⁵. Puede observarse la ambivalencia manifiesta de estas expresiones y la posibilidad de que esta dinámica sea para mejor o para peor. De allí la importancia de conciliar los principios y las normas que promueve la autoridad con el derecho internacional humanitario, de tal forma que la presión del grupo y la autoridad se ejerzan de manera positiva sobre el individuo. Se debe hacer todo lo posible para evitar que la presión del grupo se ejerza en un sentido favorable a la comisión de violaciones graves. En ese caso, puede desencadenarse una espiral de violencia, profundizando, muchas veces de manera irreversible, la fractura inicial entre los comportamientos reprobables de los miembros del grupo y el respeto de la norma²⁶.

Pero, para que las tropas respeten las normas y los principios del derecho humanitario en las situaciones de violencia exacerbada que son los conflictos armados, deben recibir la formación adecuada en la materia. Las tropas deben seguir un entrenamiento que les permita interiorizar plenamente las normas y los principios del derecho humanitario, al igual que las demás obligaciones vinculadas al servicio, hasta que las hayan incorporado como un reflejo. El portador de armas no debe tener que evaluar las ventajas y las desventajas en el calor de la acción, y sus reacciones instintivas deben ser conformes a derecho²⁷.

Las sanciones también deben formar parte de ese proceso y, ante todo, ser coherente con las normas existentes en la sociedad o el grupo de que se trate, ya que, mientras haya una legitimación de los crímenes, no surtirán efecto alguno. La idea del respeto necesario de la ley y, por consiguiente, de las sanciones, también debe ser parte de la formación, de forma tal que el portador de armas sepa que será castigado si no respeta la norma. Al respecto, parece adecuado que los cuerpos armados elaboren códigos de conducta que incluyan normas simples que integren de

25 V. en particular el discurso de Jean-René Bachelet, general retirado, Francia, "Discurso del general Jean-René Bachelet", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

26 V. la contribución de Amedeo Cottino, que aborda la cuestión de la responsabilidad de la entidad colectiva, que no fue profundizada en este informe pero cuya importancia no debe desestimarse (nota 4 *supra*).

27 V. la contribución de Emmanuel Castano, Bernhard Leidner y Patrycja Slawuta, relativa a la influencia del grupo "Social identification processes, group dynamics and the behaviour of combatants", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

manera práctica los comportamientos que debe generar el respeto de los principios del derecho humanitario, incluso en lo relativo a las consecuencias vinculadas a su inobservancia. No se puede sino reprobar las culturas militares (o las culturas en general) que hacen del odio del adversario uno de los fundamentos de la formación militar²⁸. Esas actitudes son fundamentalmente contrarias a toda la filosofía del derecho internacional humanitario y socavan sus fundamentos mismos. La inobservancia de los principios de humanidad suele ser el resultado de la demonización o la deshumanización del adversario o de políticas que apuntan a excluir al Otro.

Al respecto, el peso del grupo tampoco debe subestimarse en la construcción que se hace del enemigo. Antes de que comience el conflicto, el grupo puede tener un papel determinante en la conciencia que transmite a sus miembros de pertenecer a un conjunto, al tiempo que estigmatiza la no pertenencia —en el grado que sea— de los otros que son entonces vistos como “anormales”. En ese esquema, la “normatividad” se equipara a la “normalidad”, lo que se traduce por la construcción de nuevas normas sociales que apartan a los y las que son “anormales”, es decir que forman parte de otro grupo creado para esa circunstancia. Entonces, cuando se ha declarado un conflicto armado, es muy fácil apuntar a los grupos que son el “otro”, basándose en su condición particular (de minoría creada) y su ausencia de normalidad en el sentido en que ese término comienza entonces a entenderse. El hecho de dejarlos fuera de la ley presenta la ventaja de justificar el tratamiento discriminatorio reservado a los grupos creados y, sobre todo, permite a los miembros del grupo dominante encontrar una justificación para su acción considerándola como normal y conforme a las nuevas normas establecidas. Así se crea una política de la justificación de las infracciones y permite una aceptación de las violaciones sin que la cuestión de su conformidad a las normas del derecho internacional humanitario siquiera se plantee.

Existe entonces una suerte de transferencia del marco y de los valores de referencia que lleva a los autores de violaciones no sólo a aceptar, sino también a considerar como “normales” a los actores que habían condenado sin reservas unos años antes. Esa transferencia de la normalidad explica que la amenaza de una sanción es no sólo improbable en el espíritu del grupo, sino que, además, se sienten protegidos por las nuevas normas a las que sus miembros se han adherido.

Se observará, asimismo, que ese tipo de actitud puede diferenciarse en función de los círculos de influencia. Ello significa que la normalidad no es necesariamente la misma dentro de una sociedad y entre los portadores de armas que pueden aceptar con mayor facilidad algunas violaciones del derecho internacional humanitario, al considerar que la percepción de su entorno no es necesariamente la misma que la del ciudadano común y que la defensa de su causa justifica las infracciones. Ésta puede variar incluso dentro de un mismo grupo armado en función de las actividades y las responsabilidades de los miembros del grupo. A cada círculo de influencia y de

28 V. en particular M. Yakovleff, “Fondement du moral et de l'éthique dans les armées : des différences révélatrices entre proches alliés”, *Inflexions*, 2007, N.º 6, pp. 151-176.

decisión puede corresponder una percepción diferente de la normalidad²⁹.

Por lo tanto, es necesario quebrar esa dinámica de grupo que conduce a minimizar la gravedad de las violaciones, insistiendo en el hecho de que las sanciones no son negociables y recordando que no se trata de una eventualidad sino de una certeza, y que se deberá rendir cuentas de las infracciones cometidas.

Justicia transicional

Incluir la cuestión de las sanciones previstas por el derecho humanitario en el contexto de la reflexión sobre la justicia transicional significa reconocer que, si se las considera en forma aislada, a menudo son insuficientes, incluso ineficaces. También significa aceptar que el derecho humanitario no excluye el recurso a soluciones complementarias que sean más aptas para tomar en consideración el carácter masivo o sistemático de las violaciones que hayan sido cometidas en el contexto de conflictos armados, o incluso las particularidades contextuales, así como las expectativas de las poblaciones o las personas de que se trate.

Colocar el derecho humanitario en ese lugar permite dinamizar su respeto y su aplicación, reubicándolos en la continuidad de la justicia que, cuando se han cometido violaciones masivas, puede llevar décadas, adoptar formas variables que van de la búsqueda de la verdad a la reparación, pasando por la memoria, y exigir mecanismos adaptados a tales fines. Esta visión integrada basada en el pragmatismo permite aprovechar todas las oportunidades, con miras a desencadenar una suerte de dinámica saludable a nivel de la sociedad y de las personas afectadas: cuando se ha dañado profundamente el tejido social, lo peor es que no se haga nada. Se acepta entonces que la justicia transicional sea complementaria de la justicia penal y que pueda ayudar a reconstruir una sociedad y las personas que la componen, y también a escribir una historia coherente, auténtica y honesta. Sin embargo, no se podría hacer concesiones respecto de que las violaciones graves deben ser sancionadas penalmente para señalar que las prohibiciones son absolutas y no son objeto de derogación alguna, aun cuando, en la realidad contextual, esta visión pueda enfrentarse a las que tienden a promover la paz y se basan en mecanismos de olvido y amnistía³⁰. Se debe tener en cuenta, además, el riesgo de manipulación de las medidas de justicia transicional cuando se las utiliza en el marco de políticas de impunidad no declaradas³¹.

29 Para un análisis de las diferentes dinámicas que pueden existir en forma paralela, con un acento en el aspecto local, v. la contribución de Samuel Tanner, "Crímenes masivos en ex Yugoslavia: ¿participación, sanción y prevención?", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

30 El peligro de condicionar un acto de justicia a imperativos políticos fue subrayado por E. Sottas en su contribución "Transitional justice and sanctions", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

31 *Ibid.* V. también la contribución de Pierre Hazan, que analiza un ejemplo de comisión de la verdad y la reconciliación donde no se tuvo en cuenta el componente de responsabilidad y represión, "The nature of sanctions: the case of Morocco's Equity and Reconciliation Commission", *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

La justicia transicional desplaza la atención del crimen y coloca a la víctima en el centro del proceso. Sus mecanismos también son complementarios y pueden clasificarse según los objetivos que persiguen: “búsqueda de la verdad”, “reparación”, “represión” y, por último, “sanción”, en el marco del objetivo general y principal que es la reconciliación. La reforma de las instituciones es un requisito con frecuencia necesario para la instauración efectiva y eficaz de los mecanismos de la justicia transicional. Integra las iniciativas propias de la justicia reparadora, que considera que el crimen ha provocado una herida que es preciso sanar. Desde este punto de vista, la cuestión de la reparación debe ocupar el lugar que le corresponde, ya que, si la finalidad es que las sanciones tengan un efecto preventivo, se debe prestar la atención necesaria a la reparación de las víctimas. En efecto, no puede haber justicia sin justicia social, y tampoco puede haber justicia social o recuperación de una convivencia pacífica cuando una gran parte de la población es abandonada al sufrimiento. Esto también permite el paso de la escala individual —cara a cara en el contexto de un proceso penal— a una escala más colectiva, que permite tomar mejor en cuenta el principio de trato equitativo. Estas reparaciones integran los aspectos clásicos de la responsabilidad, pero los superan al incluir reparaciones que están fuera de las obligaciones jurídicas tradicionales, basadas en la responsabilidad individual. Parece entonces que es un grave error vincular estrechamente la reparación con una condena penal, sobre todo en una situación donde finalmente sólo se condena a una pequeña minoría de culpables.

Las reparaciones pueden adoptar diferentes formas, ser de tipo pecuniario o no, o ser otorgadas sobre una base colectiva o individual. Las reparaciones también pueden formar parte de políticas públicas en favor de las víctimas o de sus derechohabientes en materia de acceso a los servicios públicos y de igualdad de oportunidades. Abarcan también medidas de rehabilitación y de reinserción, así como otras más simbólicas, como disculpas oficiales, garantías de no repetición, construcción de monumentos para la memoria o realización de ceremonias conmemorativas, a las que las víctimas suelen estar particularmente apegadas³².

Víctimas

Es innegable la importancia del papel de la víctima en el proceso de aplicar sanciones. Por lo general, las reflexiones giran en torno a su definición y su alcance, así como a los medios de que disponen las víctimas para hacer oír su voz³³.

En efecto, numerosas personas pueden ser afectadas en forma directa o indirecta por las violaciones del derecho humanitario, lo cual exige examinar los tipos de violaciones de que son objeto. El papel y el lugar de las víctimas en el proceso

32 Para un análisis más elaborado sobre la justicia transicional y sus componentes, v. en particular Anne-Marie La Rosa y Xavier Phillipe, “La justice transitionnelle” en *Lexique pratique bilingue sur la consolidation de la paix et la reconstruction post-conflictuelle*, Cambridge, University Press, 2008 (en prensa).

33 La contribución de Christian-Nils Robert, Mina Rauschenbach y Damien Scalia profundiza la cuestión de la participación y de las expectativas de las víctimas en el proceso penal, incluso a nivel internacional, “Víctimas y justicia penal internacional: ¿una cuestión espinosa?”, *International Review of the Red Cross*, N.º 870, junio de 2008, disponible en www.cicr.org/spa/revista.

de sanción pueden clasificarse de diferentes maneras. En efecto, dependen de la naturaleza de la medida que las víctimas privilegian en función de las circunstancias, considerando que puede haber medidas que no son penales ni disciplinarias, pero que pueden ser eficaces para las personas afectadas. Por ejemplo, “el derecho a saber”, reconocido por el derecho humanitario y que no se interpreta solamente en términos de represión, concede a las víctimas, que son los familiares de las personas desaparecidas, el derecho a obtener información sobre lo ocurrido a sus allegados y, por ello, conlleva un reconocimiento oficial de las violaciones de que han sido objeto.

La variedad de medidas que pueden imaginarse no desmerece en absoluto la importancia del proceso penal para las víctimas que, a través del pronunciamiento de la pena, señala la prohibición y les otorga una forma de reparación simbólica. Nadie duda de que las víctimas deben tener acceso al proceso penal, a veces como testigos y, en general, en el marco de la acusación, sobre todo como parte civil en los países que tienen esa institución. La cuestión que hoy se plantea consiste en determinar en qué etapas (investigación, proceso, pena) y con qué modalidades les es abierto el proceso penal³⁴. En todo caso, se debe evitar crear expectativas poco realistas a través del proceso de participación de las víctimas. La búsqueda de la verdad judicial que se define en función de los objetivos del proceso no siempre responde a la voluntad de las víctimas de contar sus historias que contribuirán a formar una realidad más completa. Se debe prestar atención al hecho de que la reivindicación absolutamente legítima de una justicia al servicio de las víctimas no pervierta la manera en que se hace justicia y no atente contra su serenidad, su integridad y su imparcialidad. Por otro lado, habría que evitar que las prerrogativas vinculadas a la necesidad de pronunciar una sentencia en un plazo razonable perviertan la investigación judicial al privilegiar procedimientos de negociación sobre las acusaciones, la culpabilidad o la pena (*plea bargaining*) a través de los cuales se oscurece la verdad. A fin de que estos procedimientos de justicia consensual produzcan los efectos deseados, deben ser iniciados en un marco preciso y dejar a los jueces toda la discreción necesaria para rechazar los acuerdos concluidos entre la demanda y la defensa, si no están íntimamente persuadidos de que los hechos, tal como se los ha presentado, corresponden a la realidad. Además, esos procesos deben acompañarse obligatoriamente de garantías mínimas que permitan garantizar su carácter espontáneo y la expresión de arrepentimientos sinceros, y sean la oportunidad de disculparse ante las víctimas.

También es imperioso tomar más en cuenta, en el proceso penal, el problema de la víctima que debe prestar testimonio, así como el sufrimiento y el riesgo que puede representar para ella, insistiendo en la coherencia que debe imperar en un mismo procedimiento judicial con respecto a diferentes asuntos y también entre las diferentes instancias internacionales y nacionales. Nunca se podrá insistir demasiado en la importancia de que los jueces y los asesores, incluso nacionales, estén debidamente formados sobre la manera de realizar los interrogatorios y, en particular, los contra interrogatorios, a los fines de preservar la integridad de las

34 Para una presentación crítica de los mecanismos de participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional, v. la contribución de E. Baumgartner, en este número de la *International Review of the Red Cross*, disponible en www.icrc.org/spa/revista.

personas interrogadas que, en muchos casos, han sido víctimas de los crímenes por los que está siendo juzgado el acusado. En ese contexto, se debe prestar particular atención a las víctimas de la violencia sexual.

Por último, parece haber un consenso prácticamente unánime acerca de que la participación de las víctimas en el proceso penal no incluye la etapa de la determinación de la pena, que debería quedar bajo la sola responsabilidad del órgano judicial competente.

Conclusión - Orientaciones para aplicar sanciones

La multiplicidad de los factores que influyen en la definición y la aplicación de las sanciones explica la dificultad de que éstas, si se las aplica en forma aislada, permitan modificar comportamientos en forma duradera.

Al analizar las razones concretas de la ineficacia de las sanciones y los factores de su cuestionamiento, se ha intentado comprender por qué las sanciones no son aprovechadas de la mejor manera posible por los actores que participan en los conflictos y por los observadores externos. Se ha reflexionado sobre el fortalecimiento del marco existente, pero también sobre las soluciones complementarias que podrían volver a dar a las sanciones un lugar que hoy no tienen. Se han identificado elementos que podrían mejorar concretamente la eficacia de las sanciones en los esfuerzos realizados por todas las partes a fin de lograr un mayor respeto del derecho internacional humanitario. A continuación, presentamos brevemente esos elementos, incluidos los que condicionan la eficacia de las sanciones, los que son propios de las violaciones del derecho humanitario y los que corresponden a los autores de las violaciones.

Elementos que condicionan la eficacia de las sanciones

1. Todo discurso sobre las sanciones de las violaciones del derecho internacional humanitario debe estar necesariamente acompañado de medidas tendientes a mejorar la adhesión a esas normas y a aumentar su respeto.

- Las medidas necesarias deben ser tomadas por todas las partes interesadas a fin de que integren las normas y las sanciones en su sistema de referencia, las conozcan y las apliquen debidamente.
- A nivel nacional, los jueces deben recibir formación en derecho internacional humanitario y participar en el proceso de interpretación y clarificación de esta rama del derecho, teniendo en cuenta las actividades iniciadas al respecto a nivel internacional.
- A fin de garantizar una mayor eficacia de las sanciones, debe realizarse un esfuerzo de racionalización en los textos donde están incluidas las incriminaciones y en las jurisdicciones competentes.
- Se debería alentar a los Estados a que hagan todo lo necesario para que las garantías, y los procedimientos, sean similares antes las jurisdicciones encargadas de enjuiciar las violaciones del derecho internacional humanitario.

2. Para que las sanciones cumplan su papel preventivo, los autores potenciales de violaciones del derecho internacional humanitario deben estar informados debidamente sobre los diferentes tipos de sanciones y sobre las modalidades de su aplicación.

- A este nivel, la educación debe permitir a las personas identificar claramente lo que está permitido y lo que no lo está.
- Esa educación debe impartirse también a todos los que cumplan un papel en la aplicación del derecho internacional humanitario, sea cual sea su grupo de pertenencia, incluso a las personas que actúan en el marco de las Naciones Unidas y las organizaciones regionales competentes.
- Los principios y las normas que promueve la autoridad deben atenerse a los requisitos del derecho internacional humanitario.
- Se debe excluir de la formación todo elemento basado en el odio del adversario.

3. Se debe integrar la formación y la educación en derecho humanitario como mecanismos ineludibles, que desencadenen reacciones reflejas, sobre todo en los portadores de armas.

- La información sobre las sanciones debe incluir el carácter reprehensible *a priori* del comportamiento sancionado.
- La eficacia de las sanciones y su carácter disuasivo dependen del grado de interiorización, por los portadores de armas, de la norma que ha dado lugar a las sanciones.
- Esa interiorización debe apuntar a provocar, en los portadores de armas, verdaderas reacciones reflejas que conduzcan al respeto de la norma.

Elementos inherentes a las sanciones por violaciones del derecho humanitario

4. El concepto de sanciones debe incluir la prevención de la repetición del crimen y basarse en un enfoque pragmático y realista.

- Las sanciones deben concebirse, en su definición, su procedimiento y su aplicación, de tal manera que permitan prevenir la repetición de los crímenes.
- Un enfoque pragmático y realista consiste en buscar las oportunidades, los factores, las condiciones y los medios que permitan evitar que el crimen se produzca o se repita. Debe responder al doble desafío de atenerse a las normas y los principios del derecho internacional general y humanitario, sin apartarse de las exigencias contingentes del marco nacional.
- Las sanciones no pueden definirse *in abstracto*, sino en su relación con la noción de justicia; en tal contexto, se debe reconocer el carácter complementario de la justicia transicional.
- Este enfoque pragmático y realista, que conlleva cierto esfuerzo de raciona-

lización, también debería permitir elaborar directrices sobre el ejercicio de la competencia universal, basadas en los trabajos realizados en la materia y en un posible vínculo que debería existir entre el autor de la infracción y el lugar del proceso, así como sobre las modalidades de cooperación entre los Estados correspondientes.

5. Las sanciones penales son el eje ineludible y primordial para procesar todas las violaciones graves del derecho humanitario.

- Las sanciones deben contribuir al fortalecimiento de la norma y los valores universales fundamentales que la sustentan.
- Las sanciones penales que imponen la privación de la libertad física deben ser el elemento central del “discurso” sobre las violaciones graves del derecho internacional humanitario.
- Las sanciones penales no pueden concebirse solamente como penas privativas de la libertad. Deben pensarse en términos de eficacia respecto del contexto, es decir del conjunto de elementos que permiten que las sanciones tengan mayor efecto en los individuos a los que se aplican y en la sociedad a la que pertenecen, teniendo en cuenta sobre todo el factor cultural.

6. Las sanciones de las violaciones del derecho humanitario deben presentar características comunes e ineludibles independientemente de las circunstancias.

- Las sanciones deben presentar un carácter de certeza para el autor de las violaciones, es decir un carácter de automaticidad sea cual sea el autor. La idea es que todos los autores de violaciones sepan que deberán pagar un precio.
- Para ser eficaces, las sanciones deben intervenir lo más rápidamente posible después de que el acto fue cometido (criterio de celeridad). La primera reacción debe producirse sin demora, así sea combinando medidas disciplinarias y medidas judiciales.
- Las sanciones deberían aplicarse respetando el principio de igualdad en todas sus facetas. Deben conducir a tratar a todos los autores indistintamente, sea cual sea su grupo de pertenencia.
- Las sanciones deberían pronunciarse lo más cerca posible del lugar donde se ha cometido el crimen y de las personas sobre las que debe producir efectos. Por ello, la justicia internacional debe tender a reforzar las capacidades nacionales y no constituir, en todo caso, más que un proceso transitorio o complementario. La deslocalización no debería considerarse sino como último recurso y debería ir acompañada, necesariamente, de un mecanismo de sensibilización local.

7. Además de la gravedad del crimen, se deben tomar en cuenta otros elementos al elegir la sanción, en particular los elementos vinculados al contexto y a las características personales del autor (individualización).

- La proporcionalidad de la sanción con respecto a la gravedad del crimen es indispensable para evitar generar incompreensión y resentimiento tanto en las víctimas como en los autores de los crímenes. Es una garantía para todas las partes.
- El juez penal debe adoptar un enfoque sintético que le permita tener en cuenta la totalidad del entorno que condujo a la comisión del acto reprobable.
- El principio de proporcionalidad implica la apreciación de las relaciones complejas entre diversas variables, que debe considerar el juez a fin de evitar en todos los casos una ausencia de proporción.
- La sanción debe tomar en cuenta la personalidad de cada autor, lo que implica efectuar un procesamiento individualizado de cada infracción.

8. Para cumplir eficazmente su papel de prevención en la sociedad, las sanciones deben darse a conocer públicamente y difundirse adecuadamente.

- La eficacia de las sanciones está vinculada a su rapidez y a su carácter público, tanto respecto del autor como del grupo.
- La obligación de difundir las sanciones es fundamental, porque a través de la difusión se informa y se educa a la gente sobre lo que constituye una violación grave y sobre las consecuencias que conlleva.
- La claridad de la norma y del mensaje que la acompaña es indispensable para su eficacia. El mensaje debe incluir el razonamiento que condujo a la sanción y que justifica la elección de ésta. Además debe referirse a todo el proceso que conduce al pronunciamiento de la sanción.

9. Los diversos mecanismos de sanción (penal o no) deben apuntar a fortalecerse mutuamente con miras a una eficacia óptima de todo el proceso.

- Esos mecanismos deberían basarse en normas claras, que precisen los criterios que deberán respetarse en términos de imparcialidad, independencia, carácter público y conformidad a las normas que garantizan un proceso equitativo, incluso en el pronunciamiento de la pena.
- La multiplicación de las fuentes de sanción (jurisdiccional, no jurisdiccional, disciplinaria, tradicional u otras) debe dar lugar a una repartición clara de las competencias entre los órganos.
- Esto es sumamente importante en los sistemas donde se combinan medidas disciplinarias y jurisdiccionales. La complementariedad debería privilegiar la eficacia, y los mecanismos no deberían duplicarse.
- Para ello, los mecanismos de la justicia tradicional también deberían explorarse, garantizando siempre el respeto de los criterios antes mencionados.

Elementos relativos a los autores de los crímenes

10. Las sanciones deben conducir al reconocimiento, por los autores de las infracciones, de su responsabilidad en la violación del derecho humanitario y contribuir a permitir a la sociedad en su conjunto a tomar conciencia del alcance de algunos acontecimientos que la han afectado.

- Como mínimo, el proceso instaurado debería garantizar que el autor no tenga más opción que aceptar su responsabilidad y que la sanción corresponda al grado de su responsabilidad en las violaciones cometidas.
- En la medida de lo posible y más allá de lo que hemos mencionado, el proceso debe permitir al autor de las infracciones demostrar su arrepentimiento y ofrecer la oportunidad de pedir perdón.

11. Se debe dar a los subordinados la oportunidad de comprender el alcance de sus actos y asumir la responsabilidad de estos.

- Se deben elaborar códigos de conducta que incluyan normas simples que integren de manera práctica los comportamientos a los que debe dar lugar el respeto de los principios y de las normas del derecho humanitario, incluso por lo que respecta a las consecuencias ligadas a su inobservancia.
- Los individuos también deben estar informados de sus derechos y sus obligaciones con respecto a una orden que *a priori* sería manifiestamente ilícita y de las consecuencias que podría tener.
- Se deben prever mecanismos operacionales que permitan a los subordinados obtener clarificaciones en cuanto a las órdenes que reciben, sobre todo cuando consideran que la orden es imprecisa o manifiestamente ilícita.
- Los subordinados no pueden ampararse en la orden recibida para eximirse de responsabilidad.

12. Las sanciones deben apuntar prioritariamente a los mandos responsables de crímenes masivos.

- Las sanciones no deben estar vinculadas exclusivamente al carácter directo de la participación en la comisión de la violación, sino que también deben tener en cuenta el grado de responsabilidad en relación con la orden dada.
- La responsabilidad de los mandos y los superiores militares y civiles no se limita a las órdenes dadas, sino que incluye también la laxitud en el control y las carencias en la formación.
- Desde un punto de vista operacional, es primordial que se establezca claramente la cadena de mando y las medidas que razonablemente pueden esperarse en cada nivel de esta cadena.

13. El papel de los instigadores debe evaluarse con precisión y dar lugar a un compromiso proporcional de su responsabilidad.

- Debe reconocerse claramente la responsabilidad de los instigadores en la preparación del entorno propicio a la violación del derecho internacional humanitario, en especial cuando contribuyen a la demonización del adversario y a la justificación de los crímenes que se han cometido en contra de éste.

14. Con miras a alcanzar su objetivo, el proceso de las sanciones en su conjunto debe procurar que las víctimas lo apoyen y tener consideraciones propias de la justicia social.

- La sanción del autor de la infracción no puede aplicarse sin una búsqueda previa de la verdad (no se puede imponer una pena sobre la base de pruebas insuficientes o de un razonamiento por analogía) y sin ofrecer respuestas (reparaciones) a las víctimas.
- La participación de las víctimas y de la sociedad en general en el proceso de justicia permitirá volverlo creíble y adaptar el sistema a cada contexto.
- La justicia transicional centrada en la víctima permite ampliar el marco de la sanción clásica integrando otros aspectos que no deben confundirse con su núcleo duro original.
- Se debe reconocer el papel de la víctima en la justicia penal, pero ese papel no debe llegar hasta su participación en la determinación de la cuantía de la pena.

Reflexiones acerca de la responsabilidad del mando y la responsabilidad penal

Jamie Allan Williamson*

Jamie A. Williamson es asesor jurídico regional del CICR

Resumen

El derecho internacional humanitario (DIH) impone a los superiores el deber de velar por que sus subordinados respeten las normas de ese ordenamiento jurídico. Esta responsabilidad incluye no solamente instruir a los subordinados con respecto a las disposiciones del DIH, sino también tomar las medidas necesarias para prevenir que éstos infrinjan sus normas y castigar a aquellos que lo hagan. Los superiores que omiten cumplir con estas obligaciones incurren responsabilidad penal, a menudo llamada también responsabilidad del superior. En el siguiente artículo, el autor examina, desde la perspectiva práctica y jurídica, algunas de las cuestiones planteadas por la aplicación y la evolución de esta forma de responsabilidad.

* Las consideraciones expuestas en este artículo reflejan las opiniones del autor, y no necesariamente las del CICR.

*Pues los príncipes son el espejo, la escuela y el libro
donde los ojos del súbdito aprenden, leen y miran*¹.

El derecho internacional humanitario (DIH) impone a los superiores la obligación de velar por que sus tropas respeten las normas de ese ordenamiento jurídico durante los conflictos armados y las hostilidades. El incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a responsabilidad. Un mero “incumplimiento del deber”, por el cual el superior ha omitido cumplir con las responsabilidades correspondientes a alguien de su rango, normalmente se sanciona mediante una medida disciplinaria. Sin embargo, cuando un superior omite prevenir o reprimir las infracciones del DIH cometidas por sus subordinados, es probable que deba afrontar una acción penal, y que la pena refleje la gravedad y la índole del crimen cometido por el subordinado². En efecto, a raíz de su posición de mando sobre las tropas y los subordinados, así como de su influencia y responsabilidades como superiores, los jefes militares y otros superiores jerárquicos tienen el deber afirmativo de actuar para prevenir infracciones del DIH por sus subordinados. En lo esencial, el superior adquiere responsabilidad por defecto u omisión. Al evadir su responsabilidad de intervenir para hacer respetar el DIH, el superior es considerado responsable por las acciones de sus subordinados y, en determinadas circunstancias, se estima que su culpa es incluso más grave que la de ellos. Esto no significa que los subordinados queden libres de culpa y cargo: como individuos, ellos también están obligados a respetar el DIH y se les atribuirá responsabilidad personal por las infracciones cometidas.

En el presente artículo, se analizan ciertas cuestiones planteadas por la aplicación y la evolución de esta forma de responsabilidad, denominada “responsabilidad del mando” o “responsabilidad del superior”, que implica la responsabilidad penal de los superiores. Tras recapitular el principio de la responsabilidad del mando, el autor comenta brevemente las normas de *mens rea* aplicables a los oficiales militares y funcionarios civiles superiores, las “medidas necesarias y razonables” que se espera que tomen para prevenir la comisión de crímenes, la gradación de las penas aplicables y la cuestión de las órdenes ilícitas, también relacionada con el tema del artículo.

Responsabilidad del mando

La posible responsabilidad penal de un superior por infracciones del DIH cometidas por sus subordinados constituyó la cuestión central del caso *Yamashita*,

1 William Shakespeare, *El rapto de Lucrecia*.

2 V. Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), sentencia en el caso *Celebici*, Caso N.º IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, punto 226: “El artículo 7(3) del Estatuto [del TPIY] se refiere a la responsabilidad del superior que surge de la omisión de actuar a pesar de conocer la situación. Sin embargo, el incumplimiento de la obligación de adquirir ese conocimiento no figura en la norma como una infracción separada; por ende, conforme a estas disposiciones, el superior no es responsable por ese incumplimiento sino únicamente por la omisión de adoptar las medidas razonables y necesarias para prevenir o reprimir.” (Trad. del CICR)

examinado por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1946³. En este caso, el general Tomuyuki Yamashita, jefe de las fuerzas japonesas en Filipinas durante el período 1944-1945, fue acusado de no haber cumplido su obligación de controlar las operaciones realizadas por las personas que se hallaban bajo su mando, que habían infringido las leyes de la guerra. En la sentencia mayoritaria, pronunciada por el juez Stone, presidente de la Corte Suprema, se enuncia el principio de que las leyes de la guerra imponen al jefe de un ejército la obligación de tomar las medidas apropiadas que estén a su alcance para controlar a las tropas que se encuentran bajo su mando y prevenir que infrinjan las leyes de la guerra. En opinión del tribunal, si los jefes no tuviesen el deber afirmativo de prevenir las infracciones de las leyes de la guerra, quedaría frustrado el propósito de esas leyes. Dijo la Corte Suprema:

“Es evidente que la conducción de operaciones militares por tropas cuyos excesos no sean contenidos por las órdenes o las medidas de su jefe, resultará, casi con certeza, en infracciones cuya prevención constituye el objeto de las leyes de la guerra. Su finalidad de proteger a las poblaciones civiles y a los prisioneros de guerra contra la brutalidad se vería prácticamente anulada si el jefe de un ejército invasor pudiese, impunemente, omitir tomar las medidas razonables para proteger a esos grupos. En consecuencia, el derecho de la guerra presupone que la infracción de sus normas debe evitarse mediante el control de las operaciones que llevan a cabo los jefes, quienes son, hasta cierto punto, responsables de sus subordinados.”

Así pues, se consideraba que los jefes tenían la clara responsabilidad de controlar a sus subordinados y velar por que éstos respetasen el DIH. La omisión de hacerlo cuando se hubieran cometido infracciones del DIH daba lugar a acciones penales y a penas proporcionales a los crímenes cometidos⁴. Como se manifestó muy apropiadamente en el caso *United States vs. Wilhelm von Leeb et al. (High Command Case)* posterior a la Segunda Guerra Mundial, “conforme a los principios básicos de la autoridad y la responsabilidad del mando, el oficial que, a sabiendas de que sus subordinados están ejecutando una orden criminal de sus superiores, se mantiene al margen, viola una obligación moral del derecho internacional. El no hacer nada no le permite lavarse las manos de la responsabilidad internacional”⁵.

Desde la perspectiva del DIH, tuvieron que pasar unos treinta años más para que estos principios quedasen codificados en un convenio. Los precedentes

3 *In Re Yamashita No. 61*, Misc. Supreme Court of the United States 327 US 1; 66 S. Ct. 340; 90 L. Ed. 499; 1946 U.S. LEXIS 3090. La principal acusación contra el general Yamashita era que “el derecho de la guerra impone al jefe de un ejército la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas que estén a su alcance para controlar las tropas bajo su mando, a fin de prevenir la comisión de actos que constituyen infracciones del derecho de la guerra y que suelen producirse cuando tropas descontroladas ocupan territorios hostiles; y puede atribuirse al jefe responsabilidad personal por la omisión de adoptar dichas medidas cuando tienen lugar tales infracciones.” (Trad. del CICR)

4 La Corte Suprema de Estados Unidos finalmente confirmó la sentencia de muerte dictada por la Comisión Militar contra el general Yamashita.

5 *United States v. Wilhelm von Leeb et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N.º 10, Vol. XI* (US Govt. Printing Office, Washington, 1950), 1230, 1303.

establecidos por los casos de la Segunda Guerra Mundial, incluido el mencionado más arriba y los del Tribunal Militar Internacional para Lejano Oriente (el Tribunal de Tokio) y el Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg influenciaron, hasta cierto punto, la redacción del texto del artículo 86 (Omisiones) del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, del 8 de junio de 1977:

- “1. 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 y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.
2. 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.”

Actualmente, la responsabilidad del mando se reconoce en numerosos manuales militares nacionales, y los diversos tribunales penales internacionales han seguido elaborando este concepto tanto en sus documentos constitutivos como en su jurisprudencia⁶. En los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) se dispone lo siguiente:

“El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en... el presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía motivos para saber que el subordinado iba a cometer esos actos o los había cometido, y si omitió adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir esos actos o castigar a sus perpetradores.”

La razón principal del desarrollo de esta forma de responsabilidad, principalmente en el ámbito del derecho penal internacional, es el reconocimiento de que, a menudo, los oficiales o el personal militar inferior cometen crímenes porque

6 Por ejemplo, en el Manual del Derecho de los Conflictos Armados del Reino Unido se explica que “los jefes militares son responsables de prevenir las infracciones de la ley (en particular, de las normas del derecho de los conflictos armados) y de aplicar las medidas disciplinarias que sean necesarias. El jefe es penalmente responsable si participa personalmente en la comisión de un crimen de guerra... en particular, si ordena su comisión”. Sin embargo, también asume responsabilidad penal si “hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber” que se estaban cometiendo o se iban a cometer esos crímenes y si “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”. Ministerio de Defensa, *Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, párr. 16.36.

los superiores no previenen o reprimen esos actos⁷. Como se ha dicho, se acepta, en general, la noción de que la responsabilidad del mando es necesaria para que los enjuiciamientos puedan avanzar más allá de los autores directos de los crímenes. Sin esta forma de responsabilidad, los superiores podrían absolverse a sí mismos de todo acto ilícito, argumentando, por ejemplo, que los subordinados no estaban siguiendo órdenes cuando cometieron los crímenes, o que ellos en ningún momento estuvieron en el escenario de las infracciones. Hoy, la ley es clara: el jefe tiene el deber de intervenir cuando los actos de los subordinados constituyen o podrían constituir infracciones del DIH, y debe prevenir o reprimir esos actos.

Condiciones para establecer la responsabilidad del mando

A partir de la jurisprudencia dimanada de los tribunales penales internacionales, se acepta, en general, que a fin de establecer la responsabilidad del mando han de cumplirse tres condiciones clave: en primer lugar, debe existir una relación superior/subordinado. Como se explica en el Comentario del CICR sobre el artículo 86 del Protocolo adicional I, "...se alude solamente a un superior que tenga una responsabilidad personal con respecto al autor de las actuaciones en cuestión, porque este último, al ser su subordinado, está bajo su control... La noción de superior... ha de tomarse en una perspectiva jerárquica, que engloba la noción de control"⁸. Esta relación puede ser *de jure* o *de facto*, y su factor determinante es el ejercicio del mando, el control o la autoridad efectivos⁹. En segundo lugar, el superior sabía o tenía motivos para saber que uno o varios subordinados cometieron o iban a cometer actos criminales. En tercer lugar, el superior omitió tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar la comisión de esos actos. Como se verá más adelante, los últimos dos elementos han sido tema de abundante jurisprudencia.

El requisito del conocimiento: jefes militares y otros superiores

Tradicionalmente, la medida y la índole del "conocimiento" que se exigía a un superior con respecto a las acciones de sus subordinados era el mismo tanto para los jefes militares como para los otros superiores jerárquicos (por ejemplo,

7 V. A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 205.

8 Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), CICR/Plaza & Janés Editores Colombia S.A., Bogotá, 2001, tomo II, pp. 1413-14.

9 V. Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), sentencia en el caso *Prosecutor v. Delalic et al. (Celebici)*, Caso N.º IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, punto 195: "El poder o la autoridad de prevenir o castigar no sólo surge de la autoridad *de jure* conferida por un nombramiento oficial. En numerosos conflictos contemporáneos, puede haber únicamente gobiernos *de facto* autoproclamados, y por lo tanto, ejércitos *de facto* y grupos paramilitares subordinados a ellos. En esos casos, la estructura de mando, organizada con apresuramiento, puede ser desordenada y primitiva. A fin de aplicar la ley en estas circunstancias, es preciso determinar la responsabilidad no sólo de cada infractor por separado, sino también la de sus jefes u otros superiores que, según las pruebas, los tenían bajo su control, aunque no hubiesen sido designados o nombrados formalmente a tal efecto. Un tribunal sería incapaz de aplicar el derecho humanitario contra los superiores *de facto* si sólo aceptase, como prueba del mando, una carta formal de nombramiento aunque en el momento en cuestión, los superiores hubiesen estado actuando con todas las facultades correspondientes a un superior o jefe nombrado oficialmente". (Trad. del CICR)

ministros, alcaldes, directores de fábricas), independientemente del cargo que ocupasen. Ello se refleja en la Norma 153 del estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario: para que ambas categorías de superiores fueran responsables, debía demostrarse que el superior *sabía o debería haber sabido*¹⁰.

En tanto que establecer que el superior *sabía* no ha resultado una cuestión particularmente contenciosa, el concepto de *debería haber sabido*, una forma de conocimiento basado en la interpretación, ha sido objeto de debate en el ámbito de la jurisprudencia. El artículo 86(2) del Protocolo adicional I arroja alguna luz sobre este concepto al señalar que los superiores serán responsables si poseían información que les hubiera permitido concluir, en las circunstancias del momento, que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer tal infracción. Debido a una pequeña divergencia entre las versiones francesa e inglesa del Protocolo adicional I, en el Comentario del CICR sobre dicho Protocolo se explica que la información disponible para los superiores tendría que ser la que *les permitiera* concluir, no la que *les habría permitido concluir*¹¹.

En otras palabras, los superiores deben contar con cierta información que los ponga sobre aviso acerca de la comisión de infracciones del DIH por sus subordinados. Ésta es la norma que han tenido en cuenta las Salas de Apelaciones del TPIR y del TPIY:

“La norma basada en los “motivos para saber” no exige que se establezca el conocimiento efectivo, bien sea explícito o circunstancial. Tampoco exige que la Sala se satisfaga de que el acusado realmente sabía que se habían cometido o se iban a cometer los crímenes. La norma solamente exige que la Sala se satisfaga de que el acusado “tenía en su poder alguna información general que lo pondría sobre aviso acerca de la comisión de posibles actos ilícitos por sus subordinados”¹².”

Es interesante señalar que en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) se proponen dos normas separadas. Para los jefes militares, la condición es que la persona hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. La frase “hubiere debido saber” no se diferencia mucho de la formulación tradicional “tenía motivos para saber”.

En contraste, para atribuir la responsabilidad a superiores no militares es preciso demostrar que la persona tenía conocimiento o que *deliberadamente hizo caso omiso de información que indicaba claramente* que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Éste fue el enfoque adoptado por el TPIR en el caso *Kayishema & Ruzindana*. En este caso, la Sala de Primera

10 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, 2 volúmenes, CICR, Buenos Aires, octubre de 2007, pp. 632-636.

11 Comentario, nota 8 *supra*, pp. 1414-15.

12 *Prosecutor v. Bagilishema*, Sentencia (Fundamentos), Caso N.º ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002 (Sentencia Bagilishema), párr. 28.

Instancia, tras citar el artículo 28 del Estatuto de la CPI y aprobar su contenido, manifestó lo siguiente con respecto a la responsabilidad del mando correspondiente a los superiores jerárquicos civiles:

“A la luz del objetivo del artículo 6(3), que es comprobar la responsabilidad penal individual por crímenes graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las infracciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y de su Protocolo adicional II, la Sala considera que la Fiscalía debe demostrar que el acusado en este caso sabía o que *deliberadamente hizo caso omiso de información que indicaba claramente o que constituía un aviso* de que sus subordinados habían cometido o que se proponían cometer actos que constituían infracciones de los artículos 2 a 4 del Estatuto de este Tribunal¹³ (el subrayado es nuestro).”

De este modo, el Estatuto de la CPI introduce requisitos adicionales que deben reunirse a fin de establecer que un superior jerárquico no militar tenía la *mens rea* necesaria para ser considerado responsable en razón de la responsabilidad del mando. Debe demostrarse no sólo que el superior contaba con información relacionada con los actos de sus subordinados, sino que el superior *deliberadamente hizo caso omiso* de esa información; en otras palabras, que eligió no tener en cuenta esa información y no actuar en respuesta a ella. Además, la información debe *indicar claramente* que los subordinados cometieron o que se proponían cometer los crímenes. En cierta medida, esta noción supera los límites de la norma general aplicada por el TPIR o el TPIY, la cual exigía que la información sencillamente pusiera al superior sobre aviso de *posibles* actos ilícitos de sus subordinados. Por ende, conforme al Estatuto de la CPI, en el caso de los superiores jerárquicos no militares, es necesario establecer un elemento de *certidumbre*, no de *posibilidad*, con respecto a la comisión de los crímenes.

Pese a sus méritos, la norma de la CPI, aplicada en el caso *Kayishema & Ruzindana*, suscita cuestiones tanto jurídicas como de política. Como se ha dicho, uno de los objetivos principales de la responsabilidad del superior es castigar a las personas que ocupan posiciones más elevadas en la escala jerárquica y que, sin ser quienes empuñan las armas directamente, son considerados penalmente responsables por haber omitido controlar y reprimir apropiadamente a sus subordinados. La responsabilidad del superior ha demostrado ser un instrumento fundamental para los fiscales de los tribunales internacionales, ya que les ha permitido enjuiciar a jefes de Estado, ministros y otros superiores civiles que, en su calidad de superiores jerárquicos civiles, desempeñaban claramente un papel trascendente en cuanto a supervisar y ordenar la comisión de infracciones del DIH, de crímenes de lesa humanidad y de genocidios, sin necesariamente estar presentes en el escenario de los combates o los lugares donde se cometían los crímenes.

Al exigir que se demuestre que los jefes no militares “deliberadamente

13 *Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana*, Sentencia, Caso N.º ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 228.

hicieron caso omiso” de información que “indicaba claramente” que los subordinados estaban realizando acciones ilícitas, la carga de la prueba de establecer la responsabilidad del mando respecto de esos superiores se hace mucho más exigente. Consecuentemente, podría ser más difícil llegar a enjuiciar a los superiores no militares por infracciones del DIH sobre la base de la responsabilidad del mando. Podrá argumentarse que la aplicación de un concepto de *mens rea* diferente y más estricto para enjuiciar a los superiores no militares sólo puede debilitar la lucha contra la impunidad, dado que buena parte de los acusados ante los tribunales penales internacionales son dirigentes civiles.

Sin embargo, cabría señalar que esta diferenciación se justifica porque, en los contextos civiles, las relaciones entre superiores y subordinados suelen basarse en el control *de facto* más que en el control *de jure*. La existencia de relaciones comparativamente más formales e institucionalizadas en los ámbitos militares acentúa la exigencia de que los superiores militares actúen sobre la base de información, incluso cuando ésta no indica claramente que los subordinados están infringiendo el DIH sino que meramente lo sugiere.

Medidas “necesarias y razonables”

El artículo 86(2) del Protocolo adicional I impone a los superiores la obligación de tomar todas las medidas factibles que estén a su alcance para impedir o reprimir la infracción del DIH por sus subordinados. En el derecho penal internacional, la norma que se ha introducido se basa en la omisión del superior de adoptar las medidas *necesarias y razonables* a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de infracciones por los subordinados. Casi todos los sistemas jurídicos nacionales contienen definiciones sucintas del término “razonables” y también, pero en menor medida, del término “necesarias”. La jurisprudencia penal internacional se refiere a una prueba de “razonabilidad en las circunstancias del caso” y tiende a tratar las condiciones de “razonable” y “necesario” en forma conjunta¹⁴. Sin embargo, la aplicación de esa prueba en relación con las infracciones graves del DIH, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio puede plantear cuestiones problemáticas.

Al comparar los casos de infracciones graves del DIH, crímenes de lesa humanidad o genocidio con la mayoría de los casos criminales más ordinarios, se observa que los primeros presentan una complicada trama de hechos, en los que a menudo están implicados varios perpetradores y que involucran a numerosas víctimas. Habitualmente, tienen lugar en situaciones en las que el tejido normal de la sociedad y las cadenas de mando reconocibles han sido destruidos, y donde se han mezclado los civiles y los militares, las víctimas y los verdugos. En este sentido, citamos el ra-

14 Sin embargo, cabe señalar que en algunos casos juzgados por el TPIY, la fiscalía ha procurado definir ambos términos: “Las ‘medidas necesarias’ son las medidas imprescindibles para cumplir la obligación de prevenir o reprimir, en las circunstancias del caso. Las ‘medidas razonables’ son las medidas que el jefe estaba en condiciones de adoptar en las circunstancias del caso.” V. *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Sentencia, 3 de marzo de 2000, Caso N.º IT-95-14, párr. 333. (*Trad. del CICR*)

zonamiento del juez Murphy, en su opinión disidente sobre el caso *Yamashita*:

“Los deberes, al igual que la capacidad de controlar a las tropas, varían según la naturaleza y la intensidad de cada batalla. Para detectar un incumplimiento ilícito del deber en las condiciones que imperan durante los enfrentamientos es preciso realizar cálculos difíciles y especulativos. La confiabilidad de esos cálculos se reduce en gran medida cuando quien los hace es el vencedor en relación con las acciones de un actor vencido. En tal circunstancia, es muy poco probable que se apliquen normas de conducta objetivas y realistas para formarse un juicio acerca del incumplimiento de los deberes¹⁵.”

La lectura de las conclusiones de hecho formuladas por el TPIY, el TPIR y el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) confirma que, debido a la complejidad de los acontecimientos ocurridos sobre el terreno, el intento de transponer los hechos al entorno judicial y tratar de definir qué medidas eran razonables y necesarias en las circunstancias del caso puede ser un ejercicio plagado de dificultades. Tal determinación no puede efectuarse *in abstracto* y depende de la índole y de la medida de las pruebas que se presenten ante el tribunal. Sin embargo, y a pesar de las múltiples salvaguardias aplicables a los procedimientos y las pruebas, teniendo en cuenta la caótica naturaleza de los acontecimientos en los que se cometió la mayor parte de las violaciones, ¿es realista utilizar un criterio basado en lo que haría “un hombre razonable en la posición y las circunstancias del acusado” para evaluar si éste tomó las medidas necesarias y razonables? Podría argumentarse que, dado que no se cuenta con la máquina del tiempo de H. G. Wells, existe el riesgo de que los acusados se encuentren en una situación en la que les es imposible ganar, mientras los jueces evalúan e imputan minuciosamente la medida de la autoridad del acusado sobre sus subordinados¹⁶.

Como ejemplo, cabe citar el razonamiento de la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso *Musema*, que refleja las sugerencias de los jueces acerca de las medidas que, en su opinión, el acusado podría haber adoptado contra sus subordinados en las circunstancias del caso:

“La Sala considera que se ha establecido más allá de toda duda razonable que Musema ejercía la autoridad *de jure* sobre los empleados de la fábrica de té Gisovu mientras éstos se encontraban en las instalaciones de la fábrica y mientras desempeñaban sus tareas profesionales como empleados de la misma, incluso si cumplían esos deberes fuera de las instalaciones de la fábrica. La Sala señala que Musema ejercía control jurídico y financiero

15 Al juez Murphy le preocupaba que se infiltraran en la “justicia de los vencedores” deseos de venganza que condujesen a juicios inequitativos.

16 V., p.ej., las diferentes conclusiones alcanzadas en la sentencia *Bagilishema*, nota 12 *supra*, en relación con la autoridad y la responsabilidad del acusado durante las masacres perpetradas en su comunidad: por una parte, la del juez Asoka de Z. Gunawardana en su Opinión Separada, y la del juez Mehmet Guney, en su Opinión Separada Disidente, por la otra.

sobre esos empleados, sobre todo porque poseía la facultad de contratar y despedir empleados en la fábrica de té. La Cámara señala que, en virtud de esta facultad, Musema se encontraba en posición de adoptar medidas razonables, como la de despedir o amenazar con despedir a una persona de su cargo en la fábrica de té si esa persona era identificada como el autor de crímenes punibles conforme al Estatuto. La Sala también considera que, en virtud de esa facultad, Musema se encontraba en posición de tomar medidas razonables para intentar prevenir o reprimir el uso de vehículos, uniformes y otros materiales de la fábrica de té en la comisión de esos crímenes. La Sala concluye que Musema ejercía el poder *de jure* y el control *de facto* sobre los empleados y los recursos de la fábrica de té¹⁷”

Los jueces se han mostrado sensibles a los derechos de los acusados y al riesgo de esperar más de lo que un superior era capaz de hacer en el momento de las infracciones. Según el razonamiento del TPIY en el caso *Celebici*, “debe reconocerse que el derecho internacional no puede obligar a un superior a realizar lo imposible. Por lo tanto, sólo puede atribuirse responsabilidad penal al superior por no haber tomado las medidas a su alcance... (o) dentro de sus posibilidades materiales”¹⁸. En el caso *Blaskic*, la Sala de Apelaciones añadió que “las medidas necesarias y razonables son las que se pueden adoptar dentro del ámbito de competencia de un superior, evidenciado por el grado de control efectivo que ejerce sobre sus subordinados”¹⁹.

Este enfoque está en conformidad con el artículo 86 del Protocolo adicional 1, en el cual, como se ha dicho, se dispone que los superiores deben tomar “todas las medidas factibles que [estén] a su alcance”. El Comentario del CICR sobre este artículo explica que el texto “limita razonablemente la obligación de los superiores a las medidas “factibles”, pues no siempre es posible impedir una infracción o castigar a sus autores. Además, el texto se refiere, con sentido común, a las medidas que están ‘a su alcance’ y solamente a ellas”²⁰. Las dos últimas palabras son restrictivas y cierran la puerta a toda especulación posible sobre cuáles acciones podrían haber sido “razonables”. Muchos manuales militares reflejan el texto del artículo 86 en lugar de la combinación de “razonable y necesario” que figura en algunos textos jurídicos internacionales.

Sin duda alguna, la jurisprudencia seguirá desarrollando en mayor detalle el concepto de las medidas razonables y necesarias. Sin embargo, parecería que, en esta etapa, la prueba aplicable está más basada en los medios que orientada hacia los resultados, y que las medidas que se han de adoptar deben encontrarse al alcance del acusado. Sin embargo, incluso esta norma pragmática puede ser objeto de diferentes interpretaciones. Algunos argumentarían que “razonables y necesarias” es sinónimo de “factibles o posibles desde el punto de vista práctico”, mientras que otros sugieren

17 *Prosecutor v. Alfred Musema*, Sentencia, 27 de enero de 2000, Caso N.º ICTR-96-13-T, párr. 880.

18 *Prosecutor v. Delalic et al. (Celebici)*, Sentencia, Caso N.º IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 395.

19 *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Sentencia de la Sala de Apelaciones, Caso N.º IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, párr. 72.

20 Comentario, nota 8 *supra*, p. 1417.

que la existencia de circunstancias excepcionales (como masacres genocidas) exige al superior tomar medidas extraordinarias para prevenir la infracción y castigar a sus subordinados²¹. Cualquiera sea la perspectiva que se favorezca, todas las evaluaciones del control efectivo deben realizarse con cautela y empatía, y con el debido respeto de los derechos del acusado.

Penas más duras para los superiores

El derecho internacional humanitario y la justicia penal internacional atribuyen a los superiores mayor responsabilidad que a sus subordinados por lo que atañe a prevenir infracciones de la ley. En virtud de su alta posición en la jerarquía, los superiores tienen el deber afirmativo de velar por que el DIH sea debidamente respetado y que las infracciones se repriman de manera apropiada. La omisión de cumplir estas obligaciones puede interpretarse como la aquiescencia del superior a los actos ilícitos de sus subordinados, lo que incentiva la comisión de nuevas infracciones y desarrolla la cultura de la impunidad. En sus sentencias, los tribunales han tenido en cuenta la “posición de mando” de los acusados. Si bien reconoce que la longitud de la pena debe determinarse en función de la índole y la gravedad del crimen, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales parece dictaminar que el estatuto de superior que reviste el acusado se considera, en sí mismo, un agravante.

Los tribunales penales internacionales han analizado en profundidad la cuestión de la pena apropiada para los superiores. En la jurisprudencia, se sigue el razonamiento de que la posición de mando puede justificar una sentencia más rigurosa, sobre todo si el acusado ocupaba una posición elevada dentro de la estructura de mando civil o militar. La jurisprudencia establece claramente que una posición de autoridad, sea civil o militar, conlleva deberes y confianza, y que todo quebrantamiento de los deberes o abuso de confianza tenderá a agravar la pena²².

Los tribunales han explicado asimismo que, cuando el superior omite cumplir el deber de impedir el crimen o castigar al autor, debe recibir una pena más rigurosa que los subordinados que cometieron el crimen. La imposición de una pena más dura deriva del hecho de que, cuando el superior omite castigar a sus subordinados por cometer crímenes o no impide que los cometan, crea una impresión de tolerancia, aquiescencia o incluso aprobación con respecto a los actos de los subordinados. Los tribunales han concluido que sería incoherente castigar a un simple perpetrador aplicándole una pena igual o mayor a la del superior:

“Por lo tanto, cuando un superior incumple su obligación de prevenir el crimen o castigar al perpetrador, debería recibir una pena más rigurosa que los subordinados que cometieron la infracción, puesto que el incumplimiento transmite cierta tolerancia o incluso aprobación por parte del superior hacia la comisión de crímenes por sus subordinados, y contribuye a alentar la

21 V., p.ej., notas 16 y 17 *supra*, Sentencias y Actas del TPIR en los casos *Bagilishema* y *Musema*.

22 V., en especial, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Caso N.º ICTR 97-23-S, Fallo y Sentencia, 4 de septiembre de 1998; *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Caso N.º ICTR-96-4-T, Sentencia, 2 de octubre de 1998.

comisión de nuevas infracciones. En efecto, no sería coherente castigar a un simple perpetrador con una pena igual o mayor a la del superior²³”

Las consecuencias de las acciones de una persona son necesariamente más graves si se encuentra en la cúspide de la jerarquía militar o política y utiliza su posición para cometer crímenes. Por el hecho de ser dirigente, su conducta es más reprobable:

“Esta Sala concluye que el hecho de que la posición de autoridad de Kayishema, en su calidad de Prefecto, es una circunstancia agravante. Esta Sala concluye que Kayishema fue uno de los líderes del genocidio en la prefectura de Kibuye y que el abuso de poder y la traición contra su investidura constituyen la circunstancia agravante más significativa²⁴.”

La jurisprudencia llega a una conclusión sencilla: que los superiores civiles y militares merecen penas más rigurosas que sus subordinados. El mero hecho de ocupar una posición de responsabilidad se considera un factor agravante:

“Por ende, la posición de mando debe incrementar sistemáticamente la pena o, por lo menos, inducir a la Sala de Primera Instancia a atribuir menos peso a las circunstancias atenuantes, independientemente de la cuestión relativa a la forma de participación en el crimen²⁵.”

Podría argüirse que, conforme a los precedentes citados, en la determinación de la pena pesa más la posición del acusado como superior, que la gravedad del crimen en sí. En efecto, tomada en su sentido literal, la jurisprudencia sugiere que el superior que omitió castigar a un subordinado por haber cometido un asesinato tendría que afrontar un castigo más riguroso que el asesino, incluso si ese superior no tenía la necesaria intención específica de cometer el asesinato. No obstante, la jurisprudencia sí refleja el hecho de que el rango viene acompañado de la responsabilidad y de la obligación de intervenir.

Órdenes manifiestamente ilícitas

En muchos contextos en los cuales el personal militar comete crímenes de guerra, los subordinados alegan que, al realizar ciertos actos ilícitos, sólo estaban cumpliendo órdenes. El subordinado no suele cuestionar la licitud de una orden, ya que presume, *a priori*, que los superiores están en mejor posición de distinguir “lo incorrecto de lo correcto” en la conducción de las hostilidades. Sin embargo, en otras situaciones, cuando la orden parece ir más allá de lo que permite la ley, el subordinado se enfrenta con una elección: i) desobedecer y enfrentarse con una posible reprimenda y castigo de parte del superior o de un tribunal militar, o ii) obedecer y arriesgarse

23 *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Sentencia, Caso N.º IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párr. 789.

24 *Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana*, Sentencia, Caso N.º ICTR-95-1-T, 21 de mayo de 1999, párr. 15.

25 Sentencia en el caso *Blaskic*, nota 23 *supra*, párr. 789.

a afrontar una sanción penal por haber acatado una orden cuyas consecuencias son ilícitas. Cuanto más baja la jerarquía del subordinado, tanto más difícil le es desobedecer una orden ilícita. Esta situación pone al subordinado frente a un dilema moral y jurídico.

Aunque suele argumentarse que la disciplina y la ejecución de órdenes sin cuestionarlas son dos factores esenciales para ganar las batallas, la ley reconoce que hay límites a la “obediencia ciega” que se espera de los subordinados. Éstos no podrán eludir el castigo alegando que meramente actuaron en cumplimiento de una orden, si ésta era manifiestamente ilícita.

Tradicionalmente, se consideraba que el subordinado que había cometido la infracción no debía incurrir responsabilidad por haber cumplido la orden ilícita. La lógica que permitía a un acusado defenderse alegando la existencia de órdenes superiores se basaba en el sentido común y práctico. Desobedecer una orden puede dar lugar a una reprimenda, a la degradación e incluso al procesamiento por un tribunal militar. Después de todo, el primer deber de un soldado es obedecer las órdenes de sus superiores. Por ende, permitir que un subordinado plantee su defensa sobre la base de las órdenes superiores implica reconocer que, en el ámbito militar, los subordinados tienen poca o ninguna discreción para cuestionar las órdenes de sus superiores²⁶.

Sin embargo, en la jurisprudencia de la Primera Guerra Mundial se sugirió que la defensa basada en órdenes superiores no era válida a menos que el subordinado no hubiese sabido que la orden era ilícita en sí misma y que resultaría en la comisión de un crimen. La razón de ser de este enfoque es que el conocimiento de la ilicitud presupone la elección moral de obedecer o no, lo cual, en determinadas circunstancias, puede anular la poca discreción de que disponen los subordinados para no obedecer las órdenes.

Dos casos que datan de la Primera Guerra Mundial sirven para ilustrar esta cuestión. En el caso *Dover Castle*, el jefe de un submarino alemán que había torpedeado un buque hospital británico planteó, con éxito, la defensa basada en órdenes superiores, alegando que, en notas enviadas por el Gobierno y el Almirantazgo alemanes, se había indicado que los buques hospitales eran utilizados con fines militares, lo que constituía una violación de las leyes de la guerra. Por ende, el jefe no sabía que la orden era ilícita, ya que en las notas se sugería que los buques eran objetivos lícitos²⁷.

En contraste, en el caso *Llandovery Castle*, se rechazó la defensa basada en órdenes superiores de dos subordinados que, obedeciendo la orden del jefe de su submarino, habían abierto fuego contra los sobrevivientes del buque hospital torpedeado *Llandovery Castle*, que se hallaban en sus botes salvavidas. En este caso, se determinó que la orden había infringido una regla del derecho internacional universalmente conocida. Por esa razón, los subordinados no podían alegar que ignoraban que la orden era ilícita²⁸.

26 V. p.ej., L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 2, 6ª ed., 1940 ed. H. Lauterpacht (Londres: Longman, Green & Co.).

27 *Dover Castle*, 16 AJIL (1921), 704.

28 *Llandovery Castle*, 16 AJIL (1921), 708.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los tribunales también denegaron el acceso a la defensa basada en órdenes superiores, dictaminando que no podían invocarla los subordinados que habían tenido la “elección moral” de obedecer o desobedecer las órdenes. Este enfoque presume la existencia de situaciones claras, en las cuales los subordinados deben cuestionar y no obedecer ciertas órdenes que, por su propia índole, van más allá de lo que es moral y legalmente permisible. Los Principios de Nuremberg se hicieron eco de esta norma:

“El hecho de que una persona haya actuado de conformidad con una orden de su Gobierno o de un superior no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, siempre que haya tenido ante sí la posibilidad de hacer una elección moral²⁹”

En el reciente caso *Finta*, la Corte Suprema de Canadá opinó que la defensa basada en órdenes superiores podía invocarse en determinadas circunstancias, particularmente en casos en los que el subordinado no tiene *elección moral* con respecto a obedecer la orden, incluso cuando ésta es manifiestamente ilícita:

“La defensa basada en la obediencia de órdenes superiores y la defensa de “*peace officer*” pueden ser invocadas por miembros de las fuerzas armadas o policiales, respectivamente, en juicios por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Esas defensas están sujetas a la prueba de la ilicitud manifiesta: no es posible invocar las defensas si las órdenes en cuestión eran manifiestamente ilícitas. Incluso cuando las órdenes eran manifiestamente ilícitas, la defensa basada en la obediencia de órdenes superiores y la defensa de “*peace officer*” serán procedentes si el acusado no tenía ante sí la elección moral de obedecer o no las órdenes. No puede haber elección moral cuando la atmósfera de compulsión e intimidación que rodea al acusado es de tal magnitud que éste no tiene otra alternativa que obedecer las órdenes³⁰”

Los tribunales penales internacionales *ad hoc* han ido un paso más allá: directamente, eliminaron la posibilidad de invocar la defensa basada en órdenes superiores. En cambio, los Estatutos del TPIR y el TPIY únicamente permiten atenuar la pena:

“El hecho de que una persona acusada haya actuado conforme a la orden de un Gobierno o de un superior no la eximirá de responsabilidad penal, pero puede ser considerado como motivo para reducir la pena si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la justicia³¹”

El artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional no permite la defensa basada en órdenes superiores si la orden era manifiestamente ilícita:

29 Principio IV de los Principios de Nuremberg.

30 *R v. Finta* [1994] 1 SCR [701], Corte Suprema de Canadá.

31 Estatuto del TPIR, artículo 6(4); Estatuto del TPIY, artículo 7(4).

- “1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:
 - a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
 - b) No supiera que la orden era ilícita; y
 - c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.”

Estos conceptos se reflejan en la Norma 155 del estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, en la que se establece que el conocimiento de la manifiesta ilicitud de la orden impide que la persona se exima de responsabilidad penal:

“La obediencia a la orden de un superior no exime a un subordinado de su responsabilidad penal si sabía que el acto ordenado era ilícito o debería haberlo sabido porque su ilicitud era manifiesta³².”

Teniendo en cuenta la posición de la CPI, podría argüirse que la práctica contemporánea permitiría la defensa basada en órdenes superiores si el subordinado pudiese demostrar que la orden no era manifiestamente ilícita, o que no sabía y no podría haber sabido que la orden era ilícita. La Norma 11 del código de conducta militar de Canadá, de 2001, así lo explica:

“Las órdenes deben obedecerse. La eficacia militar depende de la inmediata obediencia a las órdenes. Casi todas las órdenes que usted recibirá de sus superiores serán lícitas, sencillas y necesitarán sólo pocas aclaraciones. Pero, ¿qué sucede si usted recibe una orden que considera cuestionable? El primer paso, por supuesto, será pedir aclaraciones. Si, tras haberlas recibido, la orden sigue pareciendo cuestionable, de acuerdo con la práctica militar, usted deberá de todos modos obedecer y ejecutar la orden, a menos que ésta sea manifiestamente ilícita.”

En otras palabras, el subordinado debe desobedecer una orden ilícita únicamente cuando sabe que la orden es manifiestamente ilícita. Sin embargo, el subordinado podría tener dificultades para evaluar si una orden es “manifiestamente ilícita o ilegal”.

La jurisprudencia y los tratados académicos definen una orden manifiestamente ilegal como aquella que ofende la conciencia de las personas razonables y sensatas y que es patente y obviamente incorrecta. La jurisprudencia se refiere a una orden que es flagrantemente ilícita y que no deja lugar a dudas acerca de su ilegitimidad:

32 Henckaerts y Doswald-Beck, nota 10 *supra*, pp. 639.

“La marca que identifica a una orden “manifestamente ilícita” es como una bandera negra que flamea por encima de la orden dada, como un cartel de advertencia que dice “prohibido”. No se trata de la ilicitud que sólo los juristas pueden detectar, sino de una infracción patente y ostensible, una ilicitud cierta y obvia que dimana de la orden misma... una ilicitud que hiere los ojos y agita el corazón, si los ojos no están ciegos y el corazón cerrado o corrompido³³”

Cabe señalar que, conforme al artículo 33 del Estatuto de la CPI, las órdenes de cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad se consideran manifestamente ilícitas, mientras que esa calificación no es expresamente aplicable a las órdenes de cometer crímenes de guerra. Por ello, podría inferirse que la CPI sí permite la defensa basada en órdenes superiores, en el caso de situaciones en las que se han cometido crímenes de guerra. Si se tiene en cuenta la extremada complejidad de la guerra asimétrica contemporánea, en la que participan numerosos beligerantes y se difumina la distinción entre combatientes y civiles, y donde la conducción de las hostilidades y el control de las armas se realizan desde centros operativos remotos y no en el campo de batalla, resulta comprensible que se permita invocar la defensa basada en órdenes superiores. Las realidades de la guerra contemporánea hacen que evaluar y distinguir el bien del mal y diferenciar lo que es permisible de lo manifestamente ilícito sea una tarea mucho más difícil para los subordinados que se encuentran en medio de una batalla. En efecto, es posible que varios de los crímenes de guerra enumerados en el artículo 8 del Estatuto de la CPI no sean tan manifestamente obvios si la persona que los evalúa carece de cierta formación o de conocimientos específicos³⁴. En vista de estas circunstancias, podría considerarse injusto castigar a los subordinados inexpertos que actuaron de buena fe³⁵.

Conclusión

El principio de la atribución de responsabilidad penal a los jefes y otros superiores jerárquicos que omiten adoptar las medidas necesarias para prevenir la comisión de infracciones del DIH o castigar a los subordinados que las cometen, se ha desarrollado por medio de la jurisprudencia penal internacional, codificada en el Protocolo adicional I; en la actualidad, ese principio se considera, plausiblemente, parte del derecho internacional consuetudinario. Se acepta ampliamente que el hecho de que un jefe haga la vista gorda ante los crímenes cometidos por sus subordinados no hace más que alentar la comisión de otras infracciones del

33 Israel, Tribunal Militar de Distrito del Distrito Judicial Central, caso *Ofer, Malinki and Others*, Sentencia, 13 de octubre de 1958.

34 Por ejemplo, en un tribunal, declarar la abolición, la suspensión o la inadmisibilidad de los derechos y acciones de que gozan los nacionales de la parte hostil; emplear balas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, tales como las balas de envoltura dura, la cual no cubra enteramente el núcleo o esté provista de incisiones; o, en forma intencional, dirigir ataques contra edificios dedicados, por ejemplo, a la ciencia o a la beneficencia.

35 V. Charles Garraway, “Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 836 (1999). Puede consultarse en www.cicr.org/spa.

DIH. También se reconoce que sería incorrecto que los jefes pudiesen eludir toda responsabilidad sencillamente porque no empuñaban el arma que descargó el golpe fatal. Del mismo modo, no debe permitirse que los subordinados que infringen el DIH eludan el castigo con el pretexto de que sólo cumplían órdenes, cuando esas órdenes estaban manifiestamente marcadas por la ilicitud.

Sin embargo, a pesar de los avances logrados en la represión de los autores de violaciones del DIH cualquiera sea su posición jerárquica, la evolución de la jurisprudencia en este ámbito ha planteado una serie de cuestiones y destacado las dificultades que surgen al intentar establecer la responsabilidad de los jefes y evaluar qué acciones, de haberlas, podrían haber tomado en las circunstancias del caso para impedir que los subordinados infringiesen el DIH. Algunos argumentarán que las normas que se espera que los jefes observen en plena batalla son imposibles de cumplir, y que no es realista esperar que los subordinados vayan a cuestionar o desobedecer las órdenes que se les imparten, no importa cuán ilícitas parezcan. Todas estas cuestiones han influido en la evolución de la teoría sobre la responsabilidad del mando, en un esfuerzo por encontrar el equilibrio correcto entre las obligaciones que pesan sobre los superiores y las acciones individuales de los subordinados durante los enfrentamientos que escapan a su control.

Las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario: el problema de la división de competencias entre las autoridades nacionales y entre las autoridades nacionales e internacionales

Xavier Philippe*

Xavier Philippe es profesor de derecho público en la Universidad Paul Cézanne, Aix-Marseille III.

Resumen

En este artículo, el autor examina por qué es tan difícil hacer efectivas las sanciones por infracciones del derecho internacional humanitario. Más allá de la falta de voluntad de algunos Estados de aplicar las sanciones por razones políticas, hay que poner de relieve algunos aspectos técnicos de la cuestión. La aplicación de las penas impuestas suele analizarse exclusivamente a través del prisma del derecho internacional, sin prestar suficiente atención a la complejidad y la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales. El autor postula que la eficacia empieza por una clara distribución de competencias. Se examinan a este respecto tres cuestiones principales: en primer lugar, los efectos de la repartición de competencias dentro del Estado (entre el poder judicial, el ejecutivo y el legislativo) en materia de aplicación de las penas; en segundo lugar, la elasticidad con la que los organismos regionales e internacionales encargados de velar por la protección de los derechos humanos interpretan sus propias competencias; y, en tercer lugar, la creación de órganos nuevos o específicos encargados de procesar y castigar, si procede, las infracciones graves del derecho humanitario.

* Las ideas y propuestas expuestas en este artículo pretenden servir más como materia de reflexión que como soluciones probadas. Se trata exclusivamente de opiniones del autor, basadas en reflexiones colectivas y personales, que no reflejan necesariamente la posición del CICR.

El debate sobre la eficacia de las sanciones en el ámbito del derecho internacional humanitario (DIH) lleva a preguntarse qué influencia tiene la manera como las instituciones encargadas de aplicar el DIH de conformidad con los Convenios de Ginebra ejercen sus competencias. En el presente artículo se enumeran y exponen algunas de las dificultades y problemas concernientes a la eficacia de las sanciones por infracciones graves del DIH asociados al ejercicio de la competencia por las instituciones encargadas de esta tarea¹.

En términos generales, las sanciones aplicadas por infracciones graves del DIH se perciben como ineficaces debido a la combinación de diversos factores. Uno de los principales es que los organismos encargados de velar por el cumplimiento de las normas del DIH son incapaces de desempeñar sus funciones. Para decirlo claramente, las jurisdicciones o instituciones encargadas de esa tarea no pueden o no quieren cumplir su misión e imponer sanciones por tales infracciones del DIH. Si se compara el número de infracciones con el de las sanciones, éstas se infligen raras veces y; cuando se imponen, parecen, en general, benignas con los infractores. Esta disparidad entre los mecanismos establecidos en los textos jurídicos y la realidad constituye una de las facetas críticas del DIH, puesto que deja impune el incumplimiento de obligaciones jurídicas. Esta impresión de ineficacia —que es, en realidad, más que una mera impresión— daña a la imagen del DIH y a su capacidad de regir las situaciones de protección para las que ha sido concebido.

Tanto los Convenios de Ginebra como sus Protocolos adicionales imponen a los Estados Partes obligaciones claras y precisas. Además, esas obligaciones están reforzadas no sólo por las normas generales del derecho internacional público, sino también —cosa que se olvida demasiado a menudo— por las normas del derecho público nacional, cuya eficacia y aplicación suelen ser más convincentes. La situación actual puede resumirse como sigue.

Las infracciones del DIH pertenecen al ámbito de competencia del Estado, que debe enjuiciar y sancionar esos actos². Terceros Estados también pueden enjuiciar esas violaciones —y en general deben hacerlo, aunque sólo lo hagan raras veces—, si son infracciones graves del DIH (se trate de infracciones graves de los Convenios de Ginebra o que constituyan crímenes de guerra según otros textos jurídicos, o también de infracciones graves de normas consuetudinarias que constituyan asimismo crímenes de guerra). Esta obligación es (o debería ser) una consecuencia directa de la obligación que impone el principio de la jurisdicción universal en materia de crímenes internacionales. En caso de no aplicación, la comunidad internacional ha procurado esporádicamente establecer mecanismos punitivos, un proceso que ha culminado en el establecimiento de tribunales penales internacionales especiales, o de tribunales mixtos, a fin de subsanar las deficiencias de los mecanismos tradicionales. La creación de una Corte Penal Internacional permanente demuestra el surgimiento de una nueva

1 Las ideas y propuestas expuestas en este artículo pretenden servir más como materia reflexión que como soluciones probadas. Se trata exclusivamente de opiniones del autor, basadas en concepciones colectivas y personales, que no reflejan necesariamente la posición del CICR.

2 Así como exigir las reparaciones pertinentes —aunque esto es materia de otro debate—, a no ser que se considere que la reparación también puede ser una forma de sanción, lo que también debería al menos someterse a debate.

voluntad política, pero no puede resolver todos los problemas por sí sola, si los Estados Partes no emprenden, en la mayoría de los casos, diligencias penales.

El proceder seguido en este artículo se basa en una serie de preguntas y conclusiones.

Las conclusiones se desprenden de la aplicación de las obligaciones dimanadas de los Convenios de Ginebra de 1949, que exigen a los Estados incorporar mecanismos sancionadores en sus sistemas penales nacionales para los casos de infracciones graves del DIH. Si bien es cierto que numerosos Estados han incorporado en su ordenamiento jurídico, particularmente en sus códigos penales, disposiciones que prevén tales sanciones, la decisión acerca de quién debe adoptar esas medidas y cómo debe hacerlo, queda al arbitrio de cada país. Sin embargo, la situación dista de ser uniforme, ya que existen diferentes niveles de competencia. El primero consiste en las “sanciones administrativas”, que puede imponer un superior jerárquico. Por lo general, son independientes de otros tipos de sanciones, aunque puedan tener aspectos comunes. El segundo nivel de competencia consiste en las sanciones penales tradicionales, que dictan los jueces especiales (tribunales militares) u ordinarios (del fuero penal). La forma en que se asignan las competencias varía mucho de un país a otro y puede basarse en el estatuto del autor de la infracción, en la fecha en que se cometió ésta o en otros criterios, tales como la capacidad jurídica de la víctima, la índole de la operación en cuestión, etc.

Aparte de esta organización de la división de competencias en materia de sanciones por infracciones del DIH, cuya aplicación y/o eficacia pueden dejar mucho que desear, se observa una reciente tendencia a que los actores, sean personas físicas o no tan físicas, pero preexistentes, desempeñen papeles que no se habían propuesto desempeñar inicialmente, o que antes debían desempeñar sólo de forma complementaria o subsidiaria. Estos actores son organismos nacionales o supranacionales cuya principal función es condenar y castigar comportamientos que constituyan violaciones de los derechos fundamentales. La cuestión de las sanciones va más allá de las meras sanciones penales³ y de las simples violaciones del DIH, ya que implican a múltiples actores que, durante los últimos años, “han demostrado” ser capaces de castigar comportamientos que también (y, a veces, sobre todo) constituían infracciones del derecho humanitario. Esta situación tiene el efecto de embrollar la cuestión, porque las soluciones no siempre se encuentran donde cabía esperar.

Por último, el debate ha arrojado luz sobre instituciones y soluciones *sui generis* que, al principio, parecían iconoclastas e incompatibles con los principios y normas fundamentales del DIH y del derecho penal internacional, pero que ahora se consideran imprescindibles: se trata de las sanciones no penales y de la creación de entidades no judiciales o parajudiciales establecidas para “proponer” soluciones que ayuden a reconstruir la sociedad, satisfagan a las víctimas y garanticen que ciertas infracciones graves del DIH no queden impunes.

Hay que examinar, pues, tres cuestiones: la repartición organizada de las competencias dentro del Estado responsable de sancionar las infracciones graves

3 Cabe señalar aquí que las sanciones penales en el ámbito nacional están lejos de consistir exclusivamente en penas que implican una privación de libertad.

del DIH, la apropiación espontánea de competencias por los órganos responsables de velar por el respeto de los derechos humanos y la creación de órganos *sui generis* para que juzguen y castiguen, si procede, las infracciones graves del derecho humanitario.

La repartición organizada de competencias dentro del Estado para abordar las infracciones graves del DIH

Ni el DIH ni el derecho penal (nacional o internacional) omiten el tema de las sanciones por infracciones graves del DIH. Lejos de ello⁴, las obligaciones que imponen son de cuatro tipos.

En primer lugar, los Estados deben adoptar medidas penales para castigar a los autores de infracciones graves del DIH. Es ésta una medida positiva, es decir, una obligación de hacer, de cuyo incumplimiento debería (teóricamente) asumir la responsabilidad internacional el Estado. En segundo lugar, los Estados deben investigar y enjuiciar o hacer que se procese a los autores de infracciones graves del DIH. En tercer lugar, los Estados deben tomar las medidas necesarias para poner fin a las infracciones graves del DIH si éstas siguen cometándose; puesto que, si una violación continúa, los Estados están obligados a intervenir. En cuarto lugar, los Estados deben respetar y hacer respetar el derecho a la defensa y las garantías de un proceso imparcial.

Como se ve, se brindan al Estado todas las oportunidades para cumplir sus obligaciones en la materia. El DIH faculta a los Estados a ejercer sus competencias en el ámbito del derecho nacional, pero conforme a sus propias interpretaciones. Cada Estado conserva el control de sus diligencias y autos de procesamiento, siempre que cumpla las obligaciones que ha contraído. No todas las obligaciones se relacionan con la repartición de las competencias. Algunas están relacionadas con la índole de las infracciones y de las penas. Otras, en cambio, se refieren a la obligación de enjuiciar o hacer enjuiciar a los responsables. Estas obligaciones son fundamentales para la división de las competencias, pero también su principal dificultad.

Dada la variedad de situaciones posibles, cabe hacer las siguientes observaciones.

Primeramente, esta cuestión se relaciona con el derecho nacional más que con el internacional. La gama de posibilidades es tan amplia que permite a cada Estado elegir los medios y los métodos punitivos. Por lo tanto, la cuestión de la elección del tribunal, su composición y sus normas procesales se dejan al arbitrio del Estado, a condición de que observe las normas establecidas por el DIH. La determinación de si se trata de una jurisdicción ordinaria o extraordinaria (que no es lo mismo que especial), es una cuestión abierta a todo tipo de respuestas. Esto puede dar lugar a confusiones cuando se intenta comprender el proceso, porque el análisis de la puesta en práctica de esta obligación presupone un buen conocimiento de cada sistema jurídico nacional, lo que no siempre es posible.

4 V. el I Convenio de Ginebra (CG I), art. 49; el CG II, art. 50; el CG III, art. 129; y el CG IV, art. 146.

En segundo lugar, los textos del derecho internacional humanitario centran sus obligaciones en las infracciones graves del DIH (o, más exactamente, en las infracciones graves de los Convenios de Ginebra). Esta formulación no excluye otras infracciones (que, en la mayoría de los casos, se relacionan con el derecho estatutario), pero, según parece, incorpora de forma sistemática su dimensión penal. Es éste un aspecto que tal vez habría que examinar. Mientras que la mayoría de los actores y expertos en el ámbito del derecho humanitario y en las situaciones posbélicas coinciden actualmente en reconocer que las sanciones no deben considerarse exclusivamente desde la perspectiva penal, el DIH se concentra, en cambio, en las sanciones penales. Esto podría causar una percepción distorsionada de las sanciones, dado que ciertos organismos, en particular las entidades disciplinarias, pueden imponer sanciones que no entran siquiera en consideración desde un punto de vista basado puramente en el DIH, pero que pueden resultar más eficaces y menos hipotéticas que las sanciones penales.

En tercer lugar, el DIH contiene disposiciones referentes únicamente a las características del tribunal y las reglas generales de procedimiento aplicables. El DIH no exige que los Estados elijan entre tribunales civiles y militares. Tampoco dice cómo deben repartirse esos dos tipos de jurisdicción cuando ambos existen. La diversidad de situaciones a nivel nacional impide toda exposición exhaustiva de las posibilidades de asignar competencias en los ordenamientos jurídicos nacionales. No obstante, es posible reseñar los principales modelos de esta repartición, teniendo presente que se trata básicamente de un ejercicio pedagógico. Hay tres posibilidades principales.

La primera posibilidad —y la más sencilla— consiste en confiar la tarea de ocuparse de las infracciones del DIH a los tribunales ordinarios del poder judicial. Sin embargo, a pesar de su simplicidad, este sistema tiene dos desventajas: por un lado, esos tribunales normalmente no están preparados para entender en este tipo de infracciones en gran escala y, por otro, los jueces no están específicamente formados para juzgar las particularidades de las infracciones graves del DIH. También puede suceder que los tribunales ordinarios no funcionen durante las hostilidades.

La segunda posibilidad es la creación de tribunales especiales para las infracciones graves del DIH. Esta solución trae consigo la coexistencia de los tribunales ordinarios y los tribunales especiales. En este caso, si bien el Estado dispone de toda una serie de soluciones, puede haber importantes diferencias. La cuestión principal es la de los criterios que han de aplicarse para determinar la competencia del tribunal que debe ocuparse de las infracciones graves del DIH. ¿Es un tribunal de tipo militar, que define su competencia en función de la personalidad del autor de la infracción (y que, por ende, excluye a las personas civiles)? ¿Es un tribunal permanente o transitorio? ¿Es un tribunal que define su ámbito de competencia en términos territoriales y temporales, y que, por tal razón, puede enjuiciar a cualquiera que haya cometido crímenes de esa índole durante el conflicto y en todo o en una parte del territorio del Estado? Estas preguntas evidencian todas las variedades y matices de las posibles soluciones. Esta posibilidad plantea claramente la cuestión de la división de competencias entre los tribunales civiles y militares, decisión que queda al arbitrio del Estado. Sin embargo, debemos evitar que, por desconocer el contexto,

las palabras nos induzcan a error. La desconfianza o sospecha que tradicionalmente suscitan los tribunales militares no está necesariamente justificada si se respetan las garantías procesales. En el caso de los tribunales de jurisdicción especial, es necesario elaborar una lista de “normas mínimas” que han de respetar para considerarlos un “orden judicial” digno de crédito que permita elaborar una manifestación adecuada de la división de competencias. Aunque los tribunales de jurisdicción especial o especializada son una opción interesante para el Estado, no deben transformarse en “tribunales excepcionales” que pronuncien sentencias sin discernimiento o que absuelvan sistemáticamente a los autores de infracciones graves del DIH.

La tercera posibilidad es que ya exista dentro del Estado una pluralidad de tipos de jurisdicción (tribunales judiciales, penales y administrativos) que comparten la autoridad para castigar las infracciones graves del DIH. Esto sucede sobre todo cuando se separan las sanciones penales de las sanciones disciplinarias. En tal caso, existe el riesgo de que surjan problemas por el solapamiento de competencias o por diferencias en la evaluación de la infracción y de la pena. Generalmente, las sanciones disciplinarias se perciben como decisiones administrativas tomadas en el ejercicio del poder jerárquico (en ciertos casos, hasta se las considera medidas internas no sujetas a revisión judicial), por lo cual pueden ser independientes de las sanciones penales. Indudablemente, esto influye en la competencia de los dos tipos de jurisdicción y puede tener efectos inducidos negativos (por ejemplo, la sanción disciplinaria puede ser más severa que la penal, y viceversa). Sin embargo, no hay que pintar la realidad más negra de lo que es, porque, pese a la existencia de dos tipos de jurisdicción, ciertos Estados (sobre todo los que aplican el sistema jurídico romanogermánico) establecen puentes entre ellos y toman en consideración la sanción como un todo, a pesar de que haya dos jueces (uno penal y uno administrativo).

El único límite común se relaciona con las garantías jurisdiccionales que han de respetarse en todos los casos. Si hubiese una aparente discrepancia entre los dos tipos de tribunal, sólo deberían ejercer el poder los que satisfacen los requisitos del DIH.

Con respecto a la cuarta posibilidad, el DIH sólo recurre a las jurisdicciones externas si éstas están en mejores condiciones para castigar las infracciones graves del DIH. Por ello no se da por sentada la competencia exclusiva del Estado, sino que se le da prioridad en el cumplimiento de la obligación de ocuparse de la materia. Por lo tanto, es importante establecer si la posición del Estado es la mejor, y si los tribunales están habilitados para castigar las infracciones.

Todas estas cuestiones demuestran que la división de competencias es un tema en el que el DIH tiene relativamente poco que decir, ya que se aborda mediante un análisis de los resultados finales (el respeto del DIH y las sanciones por infringirlo) que influye poco en la repartición de competencias dentro del Estado por lo que atañe a las sanciones en el DIH. La libertad de organización es, tal vez, una de las causas de las dificultades para aplicar las penas. Esto no sorprende, ya que la eficacia de un castigo es el resultado de un proceso, no la mera determinación de un “precio a pagar” por una infracción grave del DIH.

He aquí, pues, una serie de cuestiones destinadas a impulsar el debate al respecto.

Por el hecho de que el DIH se ha limitado a establecer una normativa mínima, ¿no ha dejado un margen de interpretación demasiado amplio a los Estados, que aprovechan este vacío para organizar su propio sistema de división de competencias en favor de un sistema jurisdiccional minimalista o, a la inversa, para excluir deliberadamente de las normas generales el trato que debe darse a las infracciones graves del DIH?

La elección de un sistema jurisdiccional ordinario ¿no está abocada al fracaso cuando los jueces carecen de la formación específica necesaria para discernir las particularidades de las infracciones relacionadas con el DIH (falta de conocimientos acerca de las características de las infracciones, falta de práctica por lo que respecta al cumplimiento de las condiciones requeridas para que determinado acto constituya una infracción, etc.)?

¿No es paradójico organizar la división de competencias entre los tribunales sin prestar atención a los procedimientos judiciales y a las particularidades de las infracciones del DIH?

¿Cómo deben tomarse en consideración las otras formas de castigo (en particular las sanciones administrativas o disciplinarias), que el DIH tiene sólo en cuenta de manera indirecta?

Con estas preguntas, no se pretende obtener una respuesta única y definitiva al problema de la división de competencias, sino demostrar más bien que éste es una de las razones de la ineficacia de las sanciones.

La apropiación espontánea de competencias por parte de los órganos responsables de velar por el respeto de los derechos humanos

Otro fenómeno que ha hecho recientemente su aparición se relaciona con el ejercicio a priori de la competencia en primera instancia, sino con la sustitución o, más exactamente, la “apropiación de competencias” por un órgano que existe, pero cuya función principal no es castigar las infracciones del DIH. En los últimos años, varios autores⁵ han observado y señalado que, ante la ineficacia de los mecanismos punitivos convencionales, las víctimas (o, más frecuentemente, particulares que actúan de forma individual o en grupos de defensa de sus intereses) buscan nuevas maneras de obtener “justicia” ante los tribunales. Numerosos Estados son miembros de organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos y, como tales, han incorporado en su sistema jurídico mecanismos de recurso individual que permiten a sus ciudadanos recurrir a un juez supranacional en caso de litigio si no obtienen satisfacción. Por eso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sido llamados, en diversas ocasiones, a imponer sanciones por infracciones de los derechos humanos

5 Hélène Tigroudja, «La cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2006), p.128; y Hans-Joachim Heintze, “The European Court of Human Rights and the implementation of human rights standards during armed conflicts”, *German Yearbook of International Law* (2002), p. 64.

que también constituían violaciones del DIH. Sin embargo, esos tribunales adoptaron enfoques diferentes con respecto al DIH. Mientras que la Corte Interamericana se ha remitido al derecho humanitario para interpretar las disposiciones de la Convención por cuya aplicación debe velar⁶, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien ha castigado comportamientos que constituían infracciones graves del DIH, ha preferido remitirse únicamente a la violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH)⁷. Sin embargo, en nuestra opinión, cuando se trata de ampliar las competencias, la cuestión de la referencia al derecho aplicable es secundaria. La elección de la norma de referencia (DIH o derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)) sigue estando supeditada a diversos factores internos y externos difíciles de analizar aquí en su totalidad. Por otro lado, hay que señalar que comienza a surgir una verdadera complementariedad (¡o competencia!) entre los diferentes órganos encargados de castigar las violaciones del DIH. Esa competencia, que se ha desarrollado de manera fortuita, puede asimismo tener ciertas consecuencias por lo que respecta a la eficacia de esas mismas sanciones. Hay que tener bien presente que los órganos jurisdiccionales del DIDH no fueron concebidos para responder a la problemática de las infracciones del DIH. Aunque ha sido posible obtener algunos resultados destacados, su importancia debe evaluarse a largo plazo. Al igual que con el punto precedente, tomaremos nota de algunos aspectos que son importantes para el debate sobre las sanciones, antes de plantear una serie de preguntas relacionadas con el ejercicio de estas nuevas competencias.

En primer lugar, el ejercicio de la competencia por las jurisdicciones zonales en materia de derechos humanos es de carácter ocasional y forma parte de la dimensión más amplia de la protección internacional de los derechos fundamentales. Por lo tanto, es difícil describir la situación como una auténtica competencia entre jurisdicciones. Por el contrario, se trata de un mecanismo de sustitución que demuestra, en la mayoría de los casos, la incapacidad de los sistemas nacionales de tomar medidas efectivas y eficaces.

En segundo lugar, la referencia al derecho humanitario para analizar infracciones de los derechos fundamentales puede ser diferente, según se trate de interpretar las normas de los Convenios de Ginebra o de una referencia normativa en que se fundamenta la sanción. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *La Tablada* era mucho más cómoda que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando tuvo que pronunciarse sobre la violación directa del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. En estas causas, el TEDH se refirió directamente a actos que constituían infracciones graves del DIH (métodos y medios de guerra que pueden emplearse, el uso masivo de armas de efectos indiscriminados). No los calificó como tales, pero se remitió a los artículos del

6 V., en particular, el asunto *La Tablada* y, también en relación con el tema de las desapariciones, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hermanas Serrano Cruz c/ El Salvador*, serie C n.º. 118, fallo del 23 de noviembre de 2004, párrs. 111 y ss.

7 V., en particular, las sentencias del 24 de febrero de 2005 en las causas *Khashiyev and Akayeva v. Rusia* (solicitudes n.º. 57942/00 y n.º 57945/00), *Isayeva, Yusopova and Bazayeva v. Rusia* (solicitudes n.º 57947/00, n.º 57948/00 y n.º 57949/00), e *Isayeva v. Rusia* (solicitud n.º 57950/00).

CEDH⁸. Es particularmente difícil comparar y analizar el razonamiento de los tribunales, teniendo en cuenta que las cuestiones en juego eran distintas. No obstante, cabe subrayar que la cuestión de la competencia de estos tribunales por lo que respecta al castigo de infracciones del DIH no puede plantearse en los mismos términos que en los tribunales nacionales o internacionales. Los tribunales responsables de determinar la existencia de infracciones de los derechos humanos no son los tribunales penales, los cuales dictan sentencias contra los Estados, pero no contra los autores de las infracciones. Como se ve, la sustitución tiene sus límites.

En tercer lugar, la competencia de esos tribunales *ratione materiae* raras veces los lleva a abordar cuestiones relacionadas con infracciones graves y sus sanciones desde la perspectiva de la represión o la retribución, sino que lo hacen en términos de la conformidad entre los comportamientos y los compromisos internacionales de los Estados (convenios que protegen los derechos humanos o los derechos fundamentales). El papel de los jueces es determinar si, en un caso concreto, se ha hecho caso omiso de las obligaciones estipuladas en los Convenios de Ginebra, a la vista de las pruebas presentadas por las partes. En consecuencia, la “sanción” que pronuncien estos tribunales encargados de velar por la protección de los derechos humanos sólo puede consistir en la satisfacción de ver al Estado denunciado por su manera de tratar las violaciones del DIH, a lo que probablemente se agregue la imposición de una compensación económica, que representaría una así denominada “reparación equitativa”. Por lo tanto, cabe preguntarse si el ejercicio de la competencia de estos tribunales en el ámbito del DIH puede influir de algún modo en el comportamiento de los combatientes.

En cuarto lugar, estos tribunales no pueden subsanar la deficiencia general del sistema. Aunque pueden apoyar, alentar y poner en marcha ciertos mecanismos, están concebidos para juzgar denuncias individuales y no pueden ocuparse de un gran número de infracciones del DIH donde se han cometido éstas. El pesar que manifiestan ciertos observadores y comentaristas por la ausencia de una referencia directa al DIH es perfectamente comprensible. ¿Qué tribunal se arriesgaría a ir más allá de su “ámbito de competencia” alegando que se había inspirado o había aplicado las normas del DIH? Posiblemente, el problema no resida ahí. Para el tribunal, proteger el fondo de la norma es más importante que buscar nuevos fundamentos. Por consiguiente, no estamos ante una transferencia de la competencia sino, más bien, ante una competencia complementaria marginal, cuyos recursos son limitados. Contar con una sustitución de la competencia sería un error.

En quinto lugar, es imposible desestimar la importancia política de estas causas y la obligación del tribunal responsable de mostrarse irreprochable en sus razonamientos jurídicos. En estas causas no hay margen para la aproximación, dado que suscitan gran interés en los medios informativos y pueden tener lugar en situaciones en las que no se ha alcanzado la paz. Indudablemente, este “peso político” del fundamento legal influye en la forma en que el tribunal percibe la competencia en el asunto: la elección de las normas de referencia no puede efectuarse a la ligera, ni ser el resultado de un labor de compendiar todos los textos existentes que protegen los mismos derechos.

8 CEDH, arts. 2, 3, 5 y 13.

En sexto lugar, se plantea claramente la pregunta de si estos tribunales encargados de proteger los derechos humanos tienen la capacidad necesaria para ocuparse de las infracciones graves del DIH y sus sanciones. El problema en este caso son las limitaciones físicas externas que impiden a estos tribunales aceptar un gran número de denuncias. La afluencia masiva de demandas agravaría el riesgo de que el sistema se congestione y que el tribunal se vea impedido de pronunciar sentencias en las condiciones apropiadas. Dicho de otro modo, si se recurre a estos tribunales para que entiendan en un número limitado de asuntos, pueden hacerlo, pero si se trata de cientos o incluso miles de causas, la situación se complicaría y la solución sería más difícil. Al evaluar la eficacia de la “apropiación de competencias” no se deben perder de vista las cuestiones relacionadas con la capacidad física y, sobre todo, no deben darse falsas esperanzas a los denunciantes que creen en soluciones milagrosas y en el castigo directo de las infracciones graves del DIH. No obstante, la reiteración del mismo mensaje por parte de estos tribunales tiene un efecto que no debe subestimarse. Si, a pesar del limitado número de causas, los fallos evidencian cierta coherencia por lo que respecta a las infracciones, es posible que el efecto resulte positivo a mediano plazo, sobre todo con vistas a la enmienda de las leyes vigentes. A decir verdad, la intervención de estos tribunales equivale a menudo a un reconocimiento del fracaso de los mecanismos tradicionales.

Una vez más, al igual que con el problema descrito en primer lugar, se plantean varias preguntas relacionadas con la competencia complementaria o suplementaria de estos tribunales.

¿El procesamiento de las infracciones graves del DIH por los tribunales responsables de proteger el derecho internacional de los derechos humanos representa un progreso o un avance por lo que concierne a las sanciones o es, por el contrario, una solución inevitablemente limitada y que sólo puede desempeñar un papel marginal?

Con respecto al castigo de las infracciones del DIH, ¿cuáles son las repercusiones reales de estas nuevas competencias? ¿Puede la condena de una infracción considerarse una forma de sanción? ¿Puede este tipo de sanción influir en los combatientes?

La creación de órganos *sui generis* para procesar y castigar, si procede, las infracciones graves del derecho humanitario

Pese a la existencia de infracciones graves del DIH, las sanciones no logran generalmente su cometido. Los enjuiciamientos por infracciones graves del DIH a nivel nacional siguen siendo escasos, los tribunales penales internacionales tienen dificultades para acelerar los juicios y castigar a los principales inculpados, y los Estados que han emprendido una política proactiva para aplicar el principio de la jurisdicción universal han tenido que dar a menudo marcha atrás por razones diplomáticas y políticas. Resta analizar una última vía: la de establecer instituciones especiales encargadas de las infracciones del DIH. La idea sería crear un órgano competente “a medida”, según las posibilidades existentes cuando termine el conflicto, o

incluso durante éste. En relación con esta idea, cabe plantear las cuestiones que se exponen a continuación.

En primer lugar, las dificultades que surgen al aplicar el sistema de competencias en primera instancia (estatales y supraestatales) obligan a los Estados responsables de la aplicación del DIH (al igual que cualquier otra obligación internacional que hayan contraído) a encontrar soluciones que no sean la “inacción” o la “amnistía”. Si bien es cierto que estos dos rasgos han caracterizado el fin de los conflictos durante mucho tiempo, ahora los Estados (presionados por las víctimas, los grupos de interés, otros Estados y la comunidad internacional) tienden a elaborar una solución de reemplazo cuando las soluciones iniciales no funcionan. Estas acciones pueden traducirse en el establecimiento de tribunales especiales (para evitar el uso del término “tribunales excepcionales”) o de comisiones (paralegales) de la verdad y la reconciliación.

En segundo lugar, la búsqueda de soluciones para la jurisdicción de primera instancia debe combinarse con un imperativo, a saber: la eficacia y la mensurabilidad de los resultados. No basta con establecer un organismo especial, sino que éste debe disponer de los medios necesarios para cumplir su tarea, así como de la capacidad de imponer “sanciones” en una u otra forma. Así pues, no es imposible combinar las instituciones existentes (que se beneficiarán de una importante reducción en su carga de trabajo, limitándose a tramitar los asuntos más graves) con las instituciones tradicionales (en la medida en que funcionen). Las nuevas instituciones tendrán la ventaja de poder establecer sus propios procedimientos y definir sus competencias en función de las necesidades percibidas en el contexto local.

En tercer lugar, la diversidad de las expectativas y un cierto nivel de realismo suelen conducir a reformular “a la baja” las exigencias relacionadas con las sanciones. Aunque la necesidad de aplicar penas adecuadas y proporcionales está fuera de discusión, el análisis de las finalidades y objetivos de los castigos lleva inevitablemente a examinar la situación en términos concretos con respecto a los tres aspectos de “verdad-reparación-reconstrucción”. Como resultado de ello, la sanción ya no está limitada por restricciones exclusivamente penales. Por el contrario, pueden incorporarse en ella elementos que ayuden al Estado en el proceso de la reconstrucción, tales como son la pacificación, la reconciliación (aceptación del otro), la restauración del lugar de cada uno dentro de la sociedad y el restablecimiento del Estado de derecho y de la confianza en el sistema jurídico. Esto significa, por otra parte, que las competencias de los organismos *ad hoc* deben dar lugar a un planteamiento multidimensional de la sanción que sea compatible con las prescripciones del DIH. Ésta es, sin duda alguna, una de las cuestiones más delicadas, cuyo tratamiento da lugar a interrogantes y controversias.

En cuarto lugar, no es posible optar en favor del establecimiento de organismos especiales sin tener en cuenta los recursos disponibles y las perspectivas de éxito del proceso sobre el terreno. No se puede esperar que el establecimiento de tal organismo constituya una panacea ni una cura milagrosa. Es imperativo llegar a una definición precisa y rigurosa de las competencias, los procedimientos y las facultades del organismo *ad hoc* y especificar sus tareas en función de las peculiaridades de

la situación tras el conflicto. Es probable que este enfoque se aparte de las normas tradicionales relativas a las penas establecidas en el sistema inicial de los Convenios de Ginebra.

Esta reformulación de la competencia de los organismos tradicionales o los establecidos en respuesta a situaciones concretas nos lleva a plantear varias preguntas relacionadas con la creación de una competencia específica para estos últimos.

¿Es posible confiar a los organismos *ad hoc* tareas idénticas a las establecidas en los textos legales por lo que atañe a las sanciones y la represión de las infracciones graves del DIH? En particular, ¿cómo se dirimen los posibles conflictos entre las características de estas instituciones y los principios generales del derecho penal, como la no retroactividad y la proporcionalidad de la sanción en relación con los cargos?

A la hora de definir la competencia de un organismo especial, ¿es posible ampliar la gama de las sanciones, incluyendo, por ejemplo, la responsabilidad pecuniaria o moral de los infractores? ¿Es posible excluir las sanciones penales y establecer una cierta forma de inmunidad al enjuiciamiento?

¿Cómo debe distribuirse exactamente la división de competencias entre los organismos jurisdiccionales tradicionales (tribunales penales) y los organismos de transición (comisiones de la verdad y la reconciliación?) ¿Dónde se traza la línea divisoria de esas competencias y quién lo decide? ¿Cuáles son los criterios para seleccionar el organismo competente?

¿Deben incorporarse al sistema de sanciones y reconstrucción los órganos tradicionales (o sea, las estructuras del derecho consuetudinario), otorgándoles nuevas competencias? ¿En qué condiciones? ¿Es posible evaluar los riesgos que acarrea una fórmula semejante (teniendo en cuenta, por ejemplo, los tribunales *gacaca* de Ruanda y sus errores)?

¿Cuál es el estatuto de estas instituciones en relación con el derecho internacional general y el derecho internacional humanitario? ¿Es compatible su competencia con las necesidades de la lucha contra la impunidad y con el enjuiciamiento de los autores de crímenes internacionales? En caso afirmativo, ¿en qué consiste esa compatibilidad? ¿No crean estas instituciones una “tierra de nadie” por lo que respecta a la razón de ser de las penas por infracciones graves del DIH? ¿No constituyen una solución que es fácil para el presente, pero que hipoteca el futuro, sobre todo si fracasan?

Pese a su índole básicamente técnica y a sus numerosas variantes, ya no es posible considerar la repartición de las competencias como una cuestión menor cuando se trata de abordar las dificultades relacionadas con la eficacia de las sanciones del DIH. Esa problemática constituye un elemento importante del proceso conducente a la imposición de sanciones. En la actualidad, no se presta atención a este asunto ni se somete a examen. Para que haya un debate amplio al respecto, es absolutamente imprescindible reconocer la verdadera importancia de esta cuestión.

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

La *International Review of the Red Cross* se publica en inglés cuatro veces al año, en marzo, junio, septiembre y diciembre.

La *Selección de artículos de la Revista en español*, de publicación anual, recoge artículos seleccionados de la versión en inglés.

En la página Web del CICR, www.cicr.org, se publican todos los artículos en su versión original (principalmente en inglés), así como la traducción en español de los artículos seleccionados.

Presentación de manuscritos

La Redacción de la *International Review of the Red Cross (IRRC)* invita a los lectores a hacerle llegar artículos sobre temas relacionados con la acción, la política o el derecho humanitarios. En general, cada número de la *IRRC* se dedica a un tema en particular, que selecciona el Consejo Editorial. Esos temas se presentan en el documento "Temas de los próximos números de la *International Review of the Red Cross*", disponible en www.cicr.org/spa/revista. Se dará prioridad a los artículos que se relacionen con esos temas.

El texto puede redactarse en español, francés o inglés. Los originales en español serán traducidos al inglés para su publicación en la *International Review of the Red Cross*.

Los artículos no deben haber sido publicados previamente, ni presentados a otra publicación. Son revisados por un grupo de expertos, y la decisión definitiva sobre su publicación corresponde al Redactor jefe. La *IRRC* se reserva el derecho de modificar los textos. La decisión de aceptar, rechazar o revisar un artículo se comunicará al autor dentro de las cuatro semanas siguientes a la recepción del texto. En ningún caso se devolverán los manuscritos a los autores.

Los manuscritos pueden enviarse a csc.bue@icrc.org o a la delegación del CICR más cercana.

Formato del manuscrito

Los artículos pueden tener una extensión de entre 5.000 y 10.000 palabras. Se puede publicar contribuciones más cortas en la sección "Notas y comentarios".

Podrá encontrar más indicaciones sobre la presentación de artículos en www.cicr.org/spa/revista

© CICR

Para reimprimir un texto publicado en la *International Review of the Red Cross*, se debe solicitar autorización al Redactor jefe. La solicitud debe remitirse al Equipo de Redacción.

Suscripciones

La *International Review of the Red Cross* se distribuye entre instituciones y organizaciones seleccionadas. Toda distribución adicional estará sujeta a la disponibilidad.

Las solicitudes de suscripción deben enviarse a: Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) Production, Marketing and Distribution 19, Avenue de la Paix CH-1202-Ginebra-Suiza Fax (+41 22) 730 27 68 Correo electrónico: shop.gva@icrc.org www.icrc.org/eng/shop

Equipo de Redacción

Redactor jefe: Toni Pfanner
Asistente de redacción: Carolin Wuerzner
Asistente de edición: Claire Franc Abbas

Edición en español

Traducción: Paula Krajnc, Margarita Polo
Revisión: Margarita Billon, José Chocomeli
Lecturas de prueba: Paula Krajnc, Margarita Polo
Producción: Gabriela Melamedoff
Diagramación: Estudio DeNuñez

Impreso en mayo de 2010
por Gráfica Latina S.A., Buenos Aires, Argentina

Comité Internacional de la Cruz Roja
19, Avenue de la Paix
CH-1202 Ginebra, Suiza
Teléfono: (+41 22) 734 60 01
Fax: (+41 22) 733 20 57
Correo electrónico: review.gva@icrc.org

Foto de tapa
© Museo Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

N.º 870, junio de 2008
Textos incluidos en la
Selección en español 2008

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross



0975/003T 11.2009 1.000



CICR

ISBN 978-2-940396-08-5

www.cicr.org/spa/revista