

PROTECCIÓN PENAL INTERNACIONAL DE LAS VÍCTIMAS DE LA GUERRA: LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL ESTATUTO DE ROMA

Sylvia Steiner*

La breve exposición que me propongo hacer parte de la premisa de que hay una interacción manifiesta en las grandes vertientes del derecho internacional desde el periodo del iluminismo, y eso se traduce exactamente en la evolución de la protección de los derechos fundamentales de las personas, y en la evolución del derecho humanitario.

Tienen esas ramas del derecho internacional el carácter de normas de protección, sujetas por lo tanto a sistemas propios de interpretación y de aplicación. Ambas nacieron de las luchas contra el poder absoluto de los Estados, constituyendo el marco histórico sobre el cual se asentó la idea de limitación de ese poder absoluto tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Sobre esta base se construyó el principio de protección de las personas contra los abusos de los Estados que constituye el principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos. De esta misma semilla nació el derecho humanitario, limitativo del uso de la fuerza por ese mismo Estado.

Ambos tienen por dogma fundamental la idea de la dignidad inherente de cada persona. Ambos constituyen normas imperativas de protección da dignidad humana.

* Magistrada de la Corte Penal Internacional. El artículo es el resumen de la Ponencia presentada en las Jornadas sobre el Derecho Internacional Humanitario ante los Conflictos Armados, organizadas por la Cruz Roja Española y la Fundación Rafael del Pino, realizadas en Madrid en Noviembre de 2004.

Por lo tanto, *«debemos concluir que el derecho internacional humanitario y los derechos humanos son complementarios desde el punto de vista del respectivo ámbito de aplicación. También no se puede olvidar, desde la perspectiva más amplia de la finalidad común de esos dos conjuntos de reglas, que ambos nacieron de una misma preocupación de la comunidad humana: el respeto a la dignidad humana.»* (1).

Puedese también entender, como lo hace Cançado Trindade, que *«el famoso art. 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario consagra derechos humanos básicos, aplicables tanto en tiempo de conflictos armados como de paz.»*

(2) A continuación, el autor menciona la existencia de principios comunes al derecho humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, los cuales *«son: el principio de la inviolabilidad de las personas (englobando el respeto a la vida, a la integridad física y mental, y a los atributos de la personalidad), el principio de la no discriminación (de cualquier tipo) y el principio de la seguridad personal(...).»* (3).

Pero no solamente en el plano normativo se da la convergencia, sino también en el plan hermenéutico, una vez que en la implementación de ambas ramas hay métodos comunes de interpretación y de aplicación, una vez que se reconoce que las normas de los tratados de protección a las personas, en tiempos de guerra o de paz, son normas de orden público (*ordre public*), de naturaleza objetiva, que son oponibles a todos los Estados y personas, que no pueden ser derogadas, y que no admiten la invocación de reciprocidad como excusa legítima para su incumplimiento.

«Sin duda, hoy día los Estados están obligados a respetar ciertas normas básicas de derechos humanos y de derecho humanitario, hayan o no expresado su aceptación, en virtud de los instrumentos que las contienen. Ello fue recordado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva de 1996 relativa a la cuestión de la legalidad del uso o de la amenaza del uso de armas nucleares, en la que destaca que ciertas normas básicas del derecho humanitario constituyen normas intransgredibles

(1) Swinarski, Christophe, *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: CICV, Esopo Ed., 1988, p.24 (*traducción libre*).

(2) Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Tratado de Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1997, vol. I, p. 272 (*traducción libre*).

(3) *Idem*, *ibidem*, p. 276.

que son oponibles erga omnes, en tanto una expresión del derecho internacional consuetudinario» (4).

También en materia de interpretación, en ambas ramas del derecho de protección a las personas se encuentran consagrados los principios de interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones al ejercicio de derechos, y de interpretación extensiva de las normas que confieren derechos y garantías.

Sobre la base de la convergencia entre la protección internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, se puede concluir, como lo hizo el TPIY en la decisión en el caso Furundzija, que *«la esencia de todo el corpus del derecho humanitario y de los derechos humanos apoyase en la protección de la dignidad humana, de cualquier persona. El principio general de respeto a la dignidad humana es el elemento básico, y la razón de ser del derecho humanitario y de los derechos humanos; realmente en los tiempos modernos se ha convertido en un principio de tan gran importancia que impregna todo el cuerpo del derecho internacional. El principio (de la dignidad de las personas) protege a las personas de todo y cualesquier atentados contra su dignidad personal, sean esos atentados perpetrados contra el cuerpo, o por medio de humillaciones y degradaciones a la honra, el respecto propio o el bien estar mental de una persona (5).*

En el campo del derecho humanitario, y de protección de las personas en situaciones de conflictos armados, el Estatuto de Roma ha ampliado el rol de las normas de protección, tanto de las personas en general, cuanto de personas o grupo de personas especialmente vulnerables. Fueron criminalizadas conductas que no solamente estaban previstas en las Convenciones de Ginebra y en sus Protocolos Adicionales, sino también conductas derivadas, por ejemplo, de precedentes de los Tribunales *ad hoc* para la extinta Yugoslavia y para Ruanda, y además de precedentes de las Cortes de Derechos Humanos.

El Estatuto de Roma contiene una lista de conductas que violan el derecho y las costumbres de guerra, y que por tal acarrean responsabilidad penal individual. En nombre del principio de la estricta legalidad de los delitos y de las penas, la lista de conductas es exhaustiva. La Corte solo

(4) Acosta Lopez, Mauricio Antonio, El Derecho Humanitario y el Principio de Necesidad Militar, in *La Corte Penal Internacional. Ensayos para la ratificación e implementación de su Estatuto*. Org. José A. Guevara B. y Mariana Valdés Riveroll. Ciudad de México: UIA/SRE, 2002, p. 91.

(5) ICTR, Decisión Furundzija, párrafo 183.

puede ejercer su jurisdicción sobre las conductas incriminadas si son de tal gravedad que se las puede considerar como crímenes de trascendencia para toda la comunidad internacional. En otras palabras, más allá de la descripción material de las conductas, el Estatuto prevé que la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

Para que se pueda comprender la estructura final del Estatuto de Roma en materia de tipificación de conductas vale recordar las negociaciones desarrolladas en la Conferencia de Roma. Como bien ha sido señalado, *«las dificultades relativas a la definición de los crímenes de guerra fueron evidentemente de mayor calado, teniéndose en cuenta los aportes políticos y estratégicos de las cuestiones involucradas. (...) Así, a pesar de la existencia de un acuerdo más o menos general sobre la inclusión de las violaciones graves previstas en las Convenciones de Ginebra de 1949, las divergencias más serias en relación con el proyecto del Estatuto, se referían a la inserción de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales, (sobre todo las infracciones y violaciones graves del Protocolo Adicional I) y de su formulación relativa. El texto expresaba también la diferencia de fondo persistente en cuanto a la extensión de la noción de crímenes de guerra a las violaciones del derecho humanitario cometidas en conflictos armados no internacionales. (...) Además una de las cuestiones no decididas se refería a un punto tan delicado como el referente a los crímenes sobre la conducción de las operaciones militares, en particular sobre la utilización de armas nucleares y de destrucción masiva.»* (6).

Como consecuencia de las difíciles negociaciones relativas a los crímenes de guerra, puede decirse que la enumeración contenida en el artículo 8 del Estatuto fue un avance indiscutible. Fueron así recogidas las conductas consideradas infracciones graves a los Convenios de Ginebra así como otras violaciones graves a las leyes y usos aplicables en los conflictos armados dentro del marco del derecho internacional, incluido el uso de ciertos medios y métodos de guerra, las violaciones graves descritas en el Protocolo Adicional I y en el Reglamento de La Haya de 1907, y ciertos crímenes cuya gravedad ha sido reconocida por los Tribunales *ad hoc*, muchos de ellos con base en decisiones de las Cortes internacionales de Derechos Humanos.

(6) Politi, Mauro, Le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: le point de vue d'un négociateur, in *Revue Générale de Droit International Public*. Paris: Pedone, Octobre-Décembre 1999, n.4, p. 833 (traducción libre).

Partiéndose de esas premisas, vemos como ejemplos que, en el capítulo de crímenes de guerra, el Estatuto de Roma contiene varias disposiciones específicas tipificando el crimen de atentados contra la dignidad personal como figura penal autónoma tanto en conflictos armados internacionales (Art. 8(2)(b)(xxi)), como en conflictos armados de carácter no internacional (Art. 8.2(c)(ii)). Además otras figuras penales como la tortura o las agresiones sexuales incluyen el atentado a la dignidad personal como elemento objetivo.

Los apartados (b)(xxi) y (c)(ii) del Art. 8(2) están impregnados de elementos llamados «normativos», puesto que no hay descripción de conductas objetivas, sino que contempla conductas que atentan contra la «dignidad» personal, como los tratos «humillantes» y «degradantes».

Las expresiones «atentados contra la dignidad personal, en particular tratos humillantes y degradantes» fueron utilizadas por los Convenios de Ginebra (Art. 3 común, Art. 95 CG-IV) y por los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra en los Artículos 75(2)(b) y 85(4)(c) del PA I y 4(2)(b) del PA II.

De la obra magistral de Knut Dormann (7) pueden extraer algunos comentarios importantes sobre la interpretación de los elementos normativos del tipo penal a que se refiere el Estatuto de Roma:

a) en el caso *Aleksovski* (TPIY-IT-95-14/I) entiendese por «atentados contra la dignidad personal» los actos que, sin que causaren daños directos a la integridad y al bien estar físico o mental de las personas, son destinados a humillarlas y ridicularizarlas, incluso forzándolas a actuar de forma degradante.

Más adelante, en el mismo caso, el TPIY entendió que el atentado contra la dignidad es el que causa serias humillaciones o degradaciones a las víctimas (...), y para que la culpabilidad no sea dependiente tan solo de la sensibilidad de la víctima o del grado de su sufrimiento es necesario que el elemento objetivo sea una humillación tan intensa que sea considerada como atentatoria por cualquier persona razonable.

b) En los casos *Delalic* (TPIY, IT-96-21-T) y *Furundzija* (TPIY, IT-95-17/1-T) las definiciones de «trato degradante» fueron extraídas de antecedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos en casos de tortura. Aquí es muy clara la convergencia entre los dos sistemas de protección de las personas, el del derecho humanitario y el del derecho internacional de los derechos humanos.

(7) Dormann, Knut, et al, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*. ICRC, Cambridge University Press, 2003, p. (*traducción libre*)

Para la Corte Europea, «tratos degradantes» son los que humillan seriamente a las personas delante de otros, o que las llevan a actuar contra su voluntad o conciencia; también son los actos que traen a las víctimas sentimientos de miedo, de angustia y de inferioridad que acaban por quebrar su resistencia moral o física; son también degradantes los tratos que hacen de las víctimas objetos bajo el poder de los perpetradores, produciendo efectos morales de angustia y de violencia moral.

De estos ejemplos se pueden extraer algunos elementos comunes a la idea de «atentados contra la dignidad de las personas»: la existencia de una situación de humillación, de un grado relativamente serio, impuesta por una persona sobre otra que está bajo su autoridad o disposición, que sea vista en general como humillante, y que pueda generar en la víctima sufrimientos físicos o mentales. No hay, por tanto, una definición absoluta de lo que constituye «humillación», y por tanto se debe recurrir a la construcción doctrinaria y jurisprudencial como fuentes de interpretación de ese elemento normativo del tipo penal.

Lo que es importante resaltar es la posible utilización de la doctrina y de la jurisprudencia en casos de violaciones de derechos humanos, como en casos de torturas, a los efectos de integrar el tipo penal previsto en los apartados (b)(xxi) y (c)(ii) del Art. 8(2) del Estatuto de Roma, tal y como ha señalado la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*. Una vez más se confirma la estrecha relación de complementariedad entre las dos vertientes del derecho internacional.

También como ejemplos importantes podemos mencionar los actos de esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, y «cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra» (Estatuto de Roma, art. 8(2)(b)(xxii).

En relación con los llamados crímenes de género, éstos fueron perfeccionados a partir de la experiencia de los Tribunales *ad hoc*, los cuales fueron los primeros en buscar la base legal de incriminación de esos tipos de conductas como crímenes de guerra. La discusión sobre los crímenes de género, en el marco de esos tribunales, fue por lo tanto la base para la elaboración de los apartados (b)(xxii) y (c) (ii) del Art. 8.2 del Estatuto de Roma (8).

Es oportuno recordar que la IV Convención de Ginebra, en su Artículo 27, agregó la protección de las mujeres contra cualesquier atentados a

(8) Ver Akayesu case-ICTR.

su honor, en particular contra la violación, la prostitución forzada u otras formas de violencia sexual. Según Jean Pictet, el Artículo 27 es la base de la Convención, en la medida en que toda la «Ley de Ginebra» se asienta en él. El proclama el principio de respeto de la persona humana y el carácter inviolable de los derechos humanos fundamentales de hombres y de mujeres (9).

La protección especial de las mujeres contra violaciones u otras formas de violencia sexual pasó a ser considerada, según algunos de los comentaristas, como violación de las leyes y costumbres de guerra, en los términos precisos del Artículo 32 de la IV Convención.

Por esta razón, en el caso Delalic el TPIY decidió que *«no hay dudas que la violación y otras formas de violencia sexual son expresamente prohibidas por la ley internacional. Los términos del Artículo 27 de la IV Convención de Ginebra especialmente prohíben la violación y otras formas de violencia sexual y la prostitución forzada de mujeres. Esas prohibiciones son también encontradas en el Protocolo Adicional II (Art. 4(2)), concerniente a los conflictos armados internos. El Artículo 76(1) del Protocolo Adicional I expresamente exige que las mujeres sean protegidas contra la violación, prostitución forzada y otras formas de violencia sexual. Una prohibición implícita de violación y violencia sexual puede ser encontrada también en el Artículo 46 de la Convención de La Haya de 1907 (...)»* (10).

Es importante señalar que los Tribunales *ad hoc* tuvieron que hacer un ejercicio de hermenéutica que llevo a la identificación de las violaciones y otros actos de violencia sexual como actos de tortura, que atentan contra la dignidad de las mujeres, lo que significó un gran progreso que tuvo como consecuencia más directa su inserción como crímenes de guerra autónomos en el Estatuto de Roma.

Como avance del Estatuto también vale mencionar la conducta de reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o grupos armados, en conflictos armados de carácter internacional o no internacional, o utilizarlos para participar en las hostilidades, previstos en el art. 8(2)(b)((xxvi) y 8(2)(e)(vii). De una cierta forma, *«esa expresión, en vista de la referencia del Protocolo I solamente a la “participación directa” de los niños en las hostilidades, permite cubrir, también en relación con los conflictos armados internacionales, tanto la participación*

(9) Pictet, Jean, Commentary-IV Geneva Convention. ICRC, Geneve, 1994 (reprint), p. 199.

(10) Dormann, Knut, opus cit., p. 332.

directa en los combates, como la participación en otras numerosas actividades en el frente (como el reconocimiento, el espionaje, el sabotaje, la utilización de los niños como mensajeros, etc.)» (11).

Hay que recordar que bajo la normativa internacional en general son considerados como sujetos de protección especial en los conflictos armados los niños menores de 18 años, tal y como prevén la Convención 182 de la OIT y el Protocolo Adicional da Convención sobre los Derechos de los Niños. Asimismo, la previsión del Estatuto recoge un mayor ámbito de protección, que la ofrecida en el Protocolo I,

Por otra parte, el precio de tantos avances fue, en primer lugar, el umbral que restringe la aplicación del Estatuto a las situaciones de crímenes practicados dentro de un plan o de una política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. En este punto hemos de recordar que el umbral del artículo 8 (1) utiliza la expresión «en particular cuando se cometan...» En principio, la expresión «en particular» podría ser interpretada como no excluyente (12).

Un precio también alto fue la no criminalización de la utilización de armas nucleares o de destrucción masiva, de armas químicas o biológicas, y de minas antipersonas. A ese respecto son ilustrativas las palabras de Cassese: «*La utilización en los conflictos armados de armas modernas que son contrarias a los dos principios básicos de prohibición de armas, es decir que a) causen daños superfluos o sufrimiento innecesario, o b) sean inherentemente indiscriminadas, no está prohibida y por lo tanto no es considerada crimen bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.(...) Eso parece algo cuestionable, una vez que incluso la utilización de armas bacteriológicas, prohibidas por el derecho internacional, podría ser utilizada sin que ello constituyese un crimen bajo jurisdicción de la Corte. (...)*» (13).

El adjetivo «cuestionable» es más que aplicable, teniéndose en cuenta la existencia de una amplia normativa internacional que prohíbe el uso de armas biológicas y químicas y de minas antipersonas, por ejemplo.

Hay que lamentar también el hecho de que la utilización de ciertas armas prohibidas en los conflictos internacionales no se traduzca en deli-

(11) Politi, Mauro, opus cit., p.836 (traducción libre).

(12) Roberge, Marie-Claude, Los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma, in *La Corte Penal Internacional. Ensayos para la ratificación e Implementación de su Estatuto*. Org. José A. Guevara y Mariana Valdés Riverol. Ciudad de Mexico: UIA/SRE, 2002, p. 76.

(13) Cassese, Antonio, *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 60 (traducción libre).

tos si utilizadas en conflictos armados no internacionales, caso en que el tratamiento distinto dado por el Estatuto no encuentra ninguna explicación razonable, una vez que *«esa regla no refleja el estado actual de la ley internacional. Como la Cámara de Apelaciones del TPIY afirmó en el caso Tadic, en las guerras modernas no tiene sentido hacer distinciones entre conflictos armados internacionales y no internacionales: ¿porqué proteger a las poblaciones civiles de la violencia, o prohibir la violación, la tortura o la destrucción de hospitales, iglesias, museos o propiedades privadas, o prohibir la utilización de armas que causan sufrimientos innecesarios cuando dos potencias extranjeras están en guerra, y privarlas de dicha protección o permitir tales comportamientos cuando la violencia armada ocurre solo dentro del territorio de un Estado soberano?»* (14).

Se puede también mencionar como otra laguna en el Estatuto la conducta de retrasar sin justificación la repatriación de prisioneros de guerra o de civiles, que es considerada como una violación grave por el artículo 85.4.b del Protocolo Adicional I.

Para finalizar, creo que podemos afirmar que la creación de la Corte Penal Internacional ha venido a reforzar los mecanismos ya existentes de protección de las personas en los conflictos armados. Cuantos más sean los Estados que aceptan su jurisdicción, e implementen sus normas, más amplio será el campo de protección.

En este sentido, es importante recordar que los Convénios de Ginebra, de 1949, establecen cláusulas expresas de jurisdicción universal, cuando imponen a los Estados la obligación de juzgar a los acusados de crímenes de guerra, o de entregarlos a otro Estado para que los juzgue (*aut dedere aut judicare*). Es también importante recordar que el Tratado de Viena sobre el derecho de los Tratados, de 1969, incluye una norma expresa de inderogabilidad e irrenunciabilidad de las obligaciones de los Estados conforme al derecho humanitario (art.60 (5)).

También como mecanismo de protección, hay que recordar las competencias del Consejo de Seguridad, bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, para crear e instalar tribunales *ad hoc*, mecanismo que, en principio, permanece íntegro.

Sin embargo, con el fortalecimiento de la Corte Penal Internacional, no solamente se debilita cada vez más la creación de jurisdicciones especiales, sino que también se fortalece *«la visión del derecho internacional como un sistema normativo que emerge del consentimiento expreso o del*

(14) *idem, ibidem*, p. 62.

acuerdo tácito de los actores que comparten ciertos valores colectivos, (...)» al mismo tiempo que se evita «el recurso indiscriminado al principio de la jurisdicción universal, según el cual la naturaleza especialmente grave de ciertos crímenes perpetrados autorizaría cualquier corte nacional a asumir jurisdicción sobre el caso», lo que para muchos solamente agravaría el riesgo de fragmentación del derecho internacional, en detrimento de la mayor protección de las víctimas (15).

(15) Biato, Marcel, O Tribunal Penal Internacional e a segurança coletiva, *in* Política Externa. São Paulo: USP, Paz e Terra, vol. 10, n. 3, dez/jan/fev, 2001/2002, pp. 142/145 (traducción libre).