

CRÍMENES DE GUERRA Y JUSTICIA UNIVERSAL

Capitán auditor
Abraham Martínez Alcañiz

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la facultad, y en ciertos casos, obligación, que tienen los estados para enjuiciar determinados crímenes de guerra en aplicación del título jurisdiccional universal, en virtud de los distintos instrumentos internacionales existentes¹. Ciertamente, el actual desarrollo de la justicia universal y del derecho penal internacional se debe a la consideración de los crímenes de guerra como uno de los crímenes internacionales que puede ser perseguido mediante el principio de justicia mundial². Anteriormente, los crímenes de guerra podían ser reprimidos penalmente por los estados de la nacionalidad del responsable o por la del estado captor de aquel³. Estos supuestos supondrían la aplicación del principio de personalidad activa, protección o de beligerancia, no debiéndose confundir dichos títulos jurisdiccionales con el de universalidad. Has-

¹ Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000). «Aplicación del Derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales», en *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Madrid, BOE, pág. 243, y J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007). «Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra en el Derecho penal español bajo el principio de jurisdicción universal», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, pág. 19.

² K. C. RANDALL (1988). «Universal jurisdiction under international law», en *Texas Law Review*, vol. 66, pág. 816; G. WERLE (2005), «*Tratado de derecho penal internacional*». Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 128 y 129.

³ Cfr. T. J. MURPHY (1984), «Sanctions and enforcement of the humanitarian law of the four Geneva Conventions of 1949 and Geneva Protocol I of 1977», en *Military Law Review*, vol. 103, pág. 26; R. O'KEEFE (2009), «The grave breaches regime and universal jurisdiction», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 7, pág. 822 ; E. ORIHUELA CALATAYUD (2000), «Aplicación de...», *loc. cit.*, pág. 250.

ta que no se aprobaron los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, no existía una norma internacional que obligase a los estados a buscar y enjuiciar a los responsables de la comisión de ciertos crímenes de guerra, con independencia de su nacionalidad, a fin de hacer efectivo el sistema de eficacia del Derecho internacional humanitario (en adelante, DIH)⁴. A su vez, hasta mediados del siglo xx no se crearon tribunales penales internacionales que juzgasen estos comportamientos punibles, circunstancia que originaba que las instancias judiciales nacionales fuesen la única herramienta capaz de hacer eficaz el Derecho internacional vigente, el cual prohibía la comisión de tales actos criminales e imponía la obligación de castigarlos, en tanto en cuanto se tratase de infracciones graves del DIH.

Actualmente, con la constitución de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) y de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y mixtos, se ha producido una descarga, teórica, sobre las jurisdicciones nacionales a la hora de perseguir estos crímenes, aunque resulta obligado en esta cuestión criticar la actitud pasiva de la mayoría de estados, los cuales no han perseguido las infracciones graves del DIH cometidas, salvo cuando estas afectasen a sus intereses. Este hecho denota la falta de sensibilidad de los estados para aplicar la justicia universal, normalmente, por cuestiones exclusivamente políticas o de relaciones internacionales⁵. Dicha descarga teórica es importante, ya que los tribunales penales internacionales, habitualmente, tienen como misión juzgar a los mayores responsables de los crímenes de guerra cometidos o los injustos más graves, dejando los casos de enjuiciamiento «menor», por razón de las personas responsables o por su menor gravedad, a las jurisdicciones nacionales, bien del *locus delicti* o de terceros estados⁶.

Como punto de partida, debemos establecer una definición del principio de justicia universal, mundial o cosmopolita. Así pues, puede definirse como «aquél que atribuye potestad a los tribunales estatales para juzgar determinados comportamientos punibles que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos internacionales, afectando a la paz y seguridad de la comu-

⁴ Cfr. F. PIGNATELLI y MECA (2003). *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del «Libro II» del Código Penal*. Madrid, Ministerio de Defensa, pág. 63, como bien afirma este autor dichos Convenios de Ginebra de 1949 fueron los pioneros en arbitrar el sistema de jurisdicción universal.

⁵ A. REMIRO BROTONS. 2010, «Crímenes Internacionales, jueces estatales», en *Política exterior*, vol. XXIV, núm. 134, pág. 61 y ss.

⁶ Cfr. W. A. SCHABAS. 2012, *An Introduction to International Criminal Court*. Cambridge, Cambridge University Press, pág. 200 y ss.; cfr. *Situation in Kenya* (ICC-01/09) Decision Pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, párr. 60 y ss.

nidad internacional, con independencia de la nacionalidad del responsable y de la víctima, y de que el mismo no se haya cometido en su territorio». Este título jurisdiccional, a diferencia del resto de principios jurisdiccionales, no requiere vínculo o nexo alguno con el comportamiento punible⁷.

1. ASPECTOS GENERALES DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

1.1. ANTECEDENTES

La regulación de los crímenes de guerra en el Derecho internacional no surge hasta el siglo XIX⁸. Anteriormente, con Francisco de Vitoria se produce un avance en la evolución del denominado *ius in bello*⁹, a causa de su obra *De Indis, sive De iure belli*, en donde afirma que el hecho de que exista una guerra justa no da pie a cometer cualquier atrocidad o medida

⁷ Podemos significar que el «principio de territorialidad» es de aplicación cuando el hecho punible se comete en el territorio del Estado, el «principio de personalidad pasiva» se aplica cuando la víctima del delito es nacional del Estado, el de «personalidad activa» cuando el responsable del delito es nacional del Estado y el «principio de protección de intereses» cuando el delito perjudica algún interés esencial del Estado.

⁸ Cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*. Bilbao, Universidad del País Vasco, pág. 179 y ss.; cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS (1955), «Tratado de derecho penal internacional e internacional penal». Madrid, CSIC, tomo. I, pág. 513; cfr. G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 426 y ss.; cfr. J. L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES (2001), *El derecho de los conflictos armados. De Iuri Belli. El Derecho de la guerra. El Derecho internacional humanitario. El Derecho humanitario bélico*. Madrid, Ministerio de Defensa, pág. 53 y 502 y ss.; cfr. L. OPPENHEIM (1961), *Tratado de Derecho Internacional Público*. Barcelona, Bosch, editada a cargo de H. LAUTERPACHT, tomo II, vol. I, pág. 232 y ss.; G. BOAS; J. L. BISCHOFF, y N. L. REID (2011), *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. II. Cambridge, Cambridge University Press, pág. 213 y ss.; L. C. GREEN (1999), «International Regulation of Armed Conflict», en *International Criminal Law*. Editor: M. C. BASSIOUNI, Nueva York, Transnational Publishers, pág. 355 y ss. En el año 1139 surge una primera norma que tenía por finalidad la conducción de las hostilidades, nos referimos al II Concilio de Letrán, que prohibió el uso de ballestas en el campo de batalla, al ser consideradas «armas mortíferas y odiosas de Dios»; A. QUINTANO RIPOLLÉS. 1955, *loc. cit.*, tomo I, pág. 515. Las normas que surgieron en la Edad Media diferenciaban claramente entre cristianos y aquellos que no los eran, mereciéndose la protección debida los primeros y dejándose de lado cualquier atisbo de humanidad con respecto a los segundos. También podemos traer a colación lo expresado en el III Concilio de Letrán, por el cual se prohibía la esclavitud de los prisioneros de guerra en provecho propio, siempre que fueran cristianos, por lo que los sarracenos o enemigos de la fe podían ser objeto de cualquier horror o brutalidad.

⁹ El *ius in bello* hace referencia al conjunto de normas que regulan los conflictos armados; mientras que el *ius ad bellum* se refiere a las normas por las cuales se inicia un conflicto armado, cfr. J. L. FERNÁNDEZ FLORES y DE FUNES (2001), *loc. cit.*, pág. 45 y ss., y 145 y ss.

de ejecución. Los criterios de humanidad citados, con el paso del tiempo, dieron origen al denominado Derecho internacional humanitario¹⁰. Los ordenamientos jurídicos nacionales a principios del siglo XIX no previeron, en su mayoría, normas penales que sancionasen los crímenes de guerra¹¹. No obstante lo anterior, se aprobaron normas que prohibían ciertos comportamientos en el campo de batalla, como por ejemplo, el denominado *Código de Lieber*, de 24 de abril de 1863 (Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field)¹². En nuestro ordenamiento jurídico, el Reglamento para el Servicio de Campaña de 1882, constituyó una norma esencial sobre el comportamiento que debían tener los ejércitos en el campo de batalla. Esta norma configuró preceptos cuya finalidad era reducir los efectos destructivos de la guerra, proteger a los inocentes y fijar unos límites a la hora hacer la guerra¹³.

¹⁰ A. QUINTANO RIPOLLÉS (1955). *Loc. cit.*, tomo I, pág. 511 y ss.; cfr. M. C. BAS-SIOUNI (2008), «Introduction to international humanitarian law», en *International Criminal Law*. Leiden. Martinus Nijhoff Publishers, pág. 277 y ss.; L. OPPENHEIM (1961), *loc. cit.*, tomo II, vol. I, pág. 233; G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 428. A principios del siglo XIX, se dan los primeros pasos para reducir los actos de barbarie dentro y fuera del campo de batalla, ya que se tienen en cuenta tanto la estricta necesidad como la humanidad en las operaciones. Supuso un avance el considerar que la guerra era una pugna entre estados y no entre personas o individuos, los cuales estaban sujetos a derechos y obligaciones.

¹¹ En nuestro ordenamiento jurídico encontramos como antecedente más característico el Código Penal del Ejército de 1884, en cuyo art. 105 se sancionaba al «1. militar que obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, les maltratare de obra, les injuriare gravemente o privare del alimento necesario; 2. el que atacare, sin necesidad, hospitales o asilos de beneficencia, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos; 3. el que destruye en territorio amigo o enemigo templos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte, sin exigirlo las operaciones de guerra; 4. el que de obra o palabra ofendiere a un parlamentario». Estas conductas también fueron sancionadas en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y en el Código de Justicia Militar de 1890.

¹² Cfr. B. M. CARNAHAN (1998). «Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity», en *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 2, pág. 213 y ss.; cfr. L. C. GREEN (1999), *loc. cit.*, pág. 363; cfr. G. BOAS *et al.* 2011, *loc. cit.*, pág. 223; cfr. R. CRYER; H. FRIMAN; D. ROBINSON, y E. WILMSHURST (2008), *An Introduction to International Criminal Law*. Cambridge, Cambridge University Press, pág. 221.

¹³ El art. 851 del Reglamento de campaña establecía que: «Las restricciones, las reglas de procedimiento y conducta para dañar al enemigo, las reservas de humanidad, convencionales, para reducir la devastación a lo meramente indispensable; la norma que asegura la lealtad de la lucha, constituyen lo que se llama leyes de guerra (...)»; el art. 852 disponía que: «La primera y más importante de estas leyes, es que la guerra se hace entre estados, y no entre los simples ciudadanos. Por consiguiente, los que no estén armados u organizados militarmente, no son considerados enemigos: siendo respetadas sus personas y, si es posible, sus propiedades»; así mismo, en los art. 853 y 854 se expresaba la obligación de respetar a las mujeres, inválidos, ancianos, niños, siempre que no tomen parte en el combate.

A pesar de lo dicho, el gran desarrollo del *ius in bello* se produce a través de los tratados internacionales ausentes hasta el momento¹⁴. La Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864 «Para el mejoramiento de la suerte de heridos y enfermos en los ejércitos de campaña», supuso la piedra angular del denominado Derecho de Ginebra. Tras esta convención, surgieron otra serie de instrumentos internacionales de igual importancia, por ejemplo, el Convenio de Ginebra del año 1906 y el del año 1929 relativos a los prisioneros de guerra. Con posterioridad a estos convenios se aprobaron los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El conjunto de estos tratados es considerado actualmente Derecho consuetudinario¹⁵. Lo mismo no puede decirse del Protocolo Adicional I, de 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PAI) y del Protocolo Adicional II, de 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, PAII)¹⁶. Empero lo dicho, puede afirmarse que determinados principios de ambos instrumentos internacionales forman parte del Derecho

¹⁴ Parte de la doctrina considera que aun a pesar de la inexistencia de instrumentos internacionales que regulasen el comportamiento debido de los beligerantes durante un conflicto armado, los principios que se recogían en las normas domésticas formaban parte del Derecho consuetudinario, cfr. L. C. GREEN (1999), *loc. cit.*, pág. 363.

¹⁵ Cfr. M. C. BASSIOUNI (2008). *Loc. cit.*, pág. 280; cfr. T. J. MURPHY (1984), *loc. cit.*, pág. 45, este autor indica que los Convenios de Ginebra reflejaron el Derecho consuetudinario de la época, siendo aceptados de manera universal por los estados; T. MERON (1987), «The Geneva Conventions as customary law», en *American Journal of International Law*, vol. 81, n.º 2, pág. 350; en la Resolución de la AGNU de 8 de diciembre del año 1977, aprobada en su 97.ª sesión plenaria, relativa al estado de las firmas y las ratificaciones de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, se manifestó que: «convencida del valor permanente de las normas humanitarias establecidas relativas a los conflictos armados, en particular las de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, el Protocolo de Ginebra de 1925 y los Convenios de Ginebra del año 1949»; cfr. *Prosecutor v. Delalic et al.*, ICTY Judgment Appeal Chamber (IT-96-21-A), 20 February 2001, párr. 112 y 113; cfr. *Prosecutor v. KANG Guek Eav alias Duch*, Judgment ECCC, 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 July 2010, párr. 405, en donde se afirma la naturaleza consuetudinaria de las infracciones graves del DIH, al codificar principios básicos de Derecho internacional. También se puede observar que en el Informe presentado por el secretario general de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del CSNU, pfo. 37, se dijo que: «Los convenios de Ginebra (...) constituyen el núcleo del Derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados de carácter internacional»; cfr. R. CRYER *et al* (2008), *loc. cit.*, pág. 222; T. MERON (1987), «The Geneva...», *loc. cit.*, pág. 348, sostiene que hay más estados parte de los Convenios de Ginebra que miembros de las Naciones Unidas.

¹⁶ Cfr. R. CRYER *et al* (2008). *Loc. cit.*, pág. 223, sin embargo hemos de afirmar que muchos preceptos de los Protocolos Adicionales de 1977 han cristalizado en derecho consuetudinario, como por ejemplo el art. 75 del PAI, cfr. *Handam v. Rumsfeld* 126 S ct 2749 (2006).

consuetudinario¹⁷, al tener por finalidad la protección de principios básicos del DIH que ostentan una eficacia *erga omnes*. A modo de ejemplo podemos citar el principio de distinción, el respeto de la dignidad de las personas y la prohibición de atacar a la población civil. Junto al Derecho de Ginebra apareció el denominado Derecho de la Haya. Si bien es cierto que en un primer momento estas normas tenían finalidades distintas, hoy en día puede apreciarse que las mismas se confunden, al establecerse en ellas tanto normas de restricción de las hostilidades como de protección de la población y beligerantes¹⁸. A pesar de ello, los más importantes tratados del Derecho de la Haya, son las Convenciones de la Haya de 1899¹⁹ y de 1907²⁰, las cuales son también Derecho consuetudinario²¹. El Derecho de

¹⁷ Cfr. M. C. BASSIOUNI. (2008). *Loc. cit.*, pág. 283; cfr. V. CHETAIL (2003), «La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho internacional humanitario», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 850, pág. 235 y ss.

¹⁸ M. PÉREZ GONZÁLEZ (2007). «El Derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto», en *Derecho internacional humanitario*, Coordinador: J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 30; cfr. L. C. GREEN (1999), *loc. cit.*, pág. 365 y ss.

¹⁹ Relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anejo al convenio sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899, *Gaceta de Madrid*, núm. 326, de 22 de noviembre de 1900.

²⁰ Entre las más importantes podemos resaltar las siguientes: Convención VI de la Haya, relativa al régimen de los navíos de comercio enemigos al principio de las hostilidades, de 1907; Convención VII, relativa a la transformación de buques de comercio en barcos de guerra, de 1907; Convención IX, relativa al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra, de 1907; Convención XI, relativa a ciertas restricciones en cuanto al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima, y Convención XIV, relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde globos, de 1907.

²¹ Cfr. G. BOAS *et al* (2011). *Loc. cit.*, pág. 225, hemos de reseñar que los tribunales internacionales más importantes de los últimos tiempos (TMIN y TPIY) han utilizado y justificado sus sentencias en aplicación de este instrumento internacional, el cual regula los principios por los que deben regirse las Fuerzas Armadas; J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007), «Fuentes del Derecho internacional humanitario», en *Derecho internacional humanitario*, coordinador: J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 52, quien afirma que el derecho de La Haya es tan antiguo como la propia guerra; cfr. G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 432; cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS (1955), *loc. cit.*, tomo I, pág. 575; la sentencia del TMIN indicó que: «las reglas de la guerra terrestre contenidas en la Convención de la Haya realizaron ciertamente un progreso de Derecho internacional, pero de sus propios términos resulta que se trató de una iniciativa para revisar las leyes y costumbres de la guerra cuya existencia era ya ha tiempo reconocida. En 1939, pues, esas reglas contenidas en la Convención eran ya admitidas por todos los estados civilizados y consideradas por ellos como la exposición codificada de las leyes y costumbres de guerra a que se refiere la letra b) del art. 6 del Estatuto de Londres», cfr. «Judgment of Nüremberg» (1947), en *American Journal of International Law*, vol. 41, n.º 1, pág. 248 y 249; cfr. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 9 de julio del 2004, sobre «las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina», párr. 78 y 89.

la Haya y de Ginebra se denominó «Derecho de los conflictos armados» (en adelante, DCA), evolucionando posteriormente al DIH, que es aquella rama del Derecho internacional conformada por normas jurídicas que regulan los derechos y deberes de los que participan en un conflicto armado, los medios y modos de combatir, la protección de las personas y de los bienes; todo ello integrado por principios intrasgredibles, aplicables en todas las circunstancias, que limitan el uso de la fuerza, sin afectar al estatuto jurídico de las partes en conflicto²².

1.2. CONCEPTO

Los crímenes de guerra fueron las primeras manifestaciones de crímenes internacionales, antes incluso que el genocidio o los crímenes de lesa humanidad. La evolución de los crímenes de guerra ha ido en paralelo junto con el progreso del DIH²³, lo que implicará que aquellos comportamientos cometidos en el seno de una contienda armada que contravengan gravemente normas del DIH, que hayan alcanzado el *status* de *ius cogens* y ostenten una eficacia *erga omnes*, deberían ser considerados crímenes de guerra, y, por lo tanto, sancionables universalmente por cualquier estado. Oppenheim consideró que los crímenes de guerra eran aquellos actos hostiles que podían ser castigados por el enemigo en el momento de la captura de los ofensores, en tales actos se incluían aquellos que eran contrarios al Derecho internacional, perpetrados en violación del derecho del propio estado del criminal, así como los actos criminales contrarios a las leyes de la guerra cometidos por orden y en beneficio del estado enemigo²⁴. Kelsen distinguió entre crimen de guerra en sentido amplio y estricto; el primero estaría constituido por todas las violaciones al Derecho internacional cometidas por los estados o por los individuos, mientras que el segundo sería toda violación a las reglas del Derecho internacional relativa a la guerra, que constituye al mismo tiempo violación del Derecho doméstico²⁵. Quintano Ripollés entendió que un crimen de guerra era la acción u omisión voluntaria perpetrada o consentida contra las personas o derechos fundamentales de los beligerantes o civiles de un

²² J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Fuentes del...», *loc cit.*, pág. 53; cfr. T. J. MURPHY (1984), *loc. cit.*, pág. 10.

²³ Cfr. G. BOAS *et al* (2011). *Loc. cit.*, pág. 219; cfr. R. CRYER *et al* (2008), *loc. cit.*, pág. 225.

²⁴ L. OPPENHEIM (1961) *Loc. cit.*, tomo II, vol. I, pág. 117 y 118.

²⁵ Cfr. H. KELSEN (1943). «Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals», en *California Law Review*, vol. 31, pág. 537.

país en guerra, en ocasión de esta y en violación de las normas internacionales que la regulan, susceptibles de estimación judicial penal²⁶. Para Werle, el crimen de guerra es toda violación de una regla de derecho humanitario cuya punibilidad surge directamente del Derecho internacional humanitario²⁷. Bassiouni entiende que los crímenes de guerra son las más serias violaciones del Derecho consuetudinario²⁸. Mettraux afirma que los crímenes de guerra son violaciones graves de las leyes y usos de la guerra que entrañan responsabilidad penal bajo el Derecho internacional²⁹. Un aspecto a tener en cuenta de la definición anterior es la necesidad de que el Derecho internacional aprecie que dicho comportamiento atraiga responsabilidad penal. El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR), en su obra *El Derecho internacional humanitario consuetudinario*, establece en su norma 156 que: «Las violaciones graves del Derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra»³⁰. Como se puede apreciar, el CICR no entiende que puedan considerarse como crímenes de guerra cualquier violación del DIH³¹, siendo en todo caso necesario que sea grave. De la misma forma se pronunció el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (en adelante, TPIY) en el caso Tadic al afirmar que «para que un delito pueda ser juzgado por un tribunal, la violación ha de ser grave, es decir, debe constituir una violación de una norma que proteja valores importantes, y la violación debe entrañar consecuencias graves para la víctima»³². Por ello, entiendo que cualquier crimen de guerra debe suponer una violación grave del DIH, si no estaríamos hablando de una mera trasgresión de las normas del DIH, que podrían ser reprimidas en sede disciplinaria.

²⁶ A. QUINTANO RIPOLLÉS (1955). *Loc. cit.*, tomo I, pág. 573.

²⁷ G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 424; en sentido similar Y. DINSTEIN afirma que los crímenes de guerra son aquellas violaciones del DCA que entrañan responsabilidad penal, cfr. Y. DINSTEIN (2010), *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Cambridge. Cambridge University Press, pág. 263.

²⁸ Cfr. M. C. BASSIOUNI (2008). *Loc. cit.*, pág. 281.

²⁹ G. METTRAUX (2005). *International Crimes and the ad hoc Tribunals*. Oxford. Oxford University Press, pág. 29.

³⁰ Cfr. J. M. HEANCKAERTS, y L. DOSWALD-BECK (2007). *El Derecho internacional humanitario Consuetudinario*, vol. I: «Normas». Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja, pág. 643.

³¹ En el mismo sentido, cfr. Y. DINSTEIN (2010). «The conduct...», *loc. cit.*, pág. 263, quien entiende que no toda violación de una norma de DIH constituye un crimen de guerra, sino solo aquellas violaciones graves.

³² Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 94. Los Estatutos del TMIN y del TMILO tampoco requerían, para considerar un hecho como crimen de guerra, que este fuese una violación grave de las leyes y usos de guerra, tal como se infiere del art. 6.b) del TMIN y del art. 5.b) de la carta de constitución del TMILO, los cuales, solo hacían referencia a «violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra».

Así pues, podemos definir los crímenes de guerra como todo «acto u omisión doloso, cometido con ocasión de un conflicto armado, que vulnera gravemente una norma esencial del DIH que tiene por finalidad la protección de determinados bienes jurídicos y que genera responsabilidad penal con base en el Derecho internacional». La definición establecida es amplia, ya que pretende abarcar toda violación grave del DIH que lesione o ponga en peligro un bien jurídico internacional, llevada a cabo mediante una acción u omisión. Asimismo, se ha excluido voluntariamente la imprudencia como forma de culpabilidad, toda vez que consideramos que el conjunto de normas internacionales que regulan los crímenes de guerra tienen por finalidad la represión de conductas cometidas voluntariamente y con conocimiento, no por inobservancia de la norma de cuidado, es decir, por negligencia. Esta última cuestión es muy debatida, ya que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia sostuvo que determinados tipos penales relativos a los crímenes de guerra podían ser cometidos por *recklessness*³³. En mi opinión, la falta de diligencia debida podría quedar reducida al ámbito disciplinario o englobar otro tipo penal distinto al crimen de guerra, como, por ejemplo, un homicidio imprudente o un delito de lesiones imprudente. Para finalizar, en la definición mantenida no se hace distinción alguna entre conflicto armado de carácter internacional o interno, ya que entendemos que el crimen de guerra se colma en cualquier clase de contienda armada, requiriéndose que el hecho constituya una violación grave de las normas del DIH.

1.2.1. *¿Existen diferencias entre los crímenes de guerra y las infracciones graves del Derecho internacional humanitario, en particular, de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales?*

En un primer momento, los crímenes de guerra eran considerados como todo acto u omisión criminalizado por el Derecho internacional y llevado a cabo durante una guerra, mientras que las infracciones graves consistían en serias violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 que hacían surgir determinadas obligaciones dentro del Derecho doméstico de

³³ Cfr. *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, judgment Trial Chamber, 3 March 2000, párr. 152. Parte de la doctrina considera que la *recklessness* es una forma de dolo eventual (A. CASSESE), otros entienden que forma parte de la imprudencia y, por último (FLETCHER), otros consideran que se trataría de una tercera forma de culpabilidad situada entre el dolo y la imprudencia consciente (ROXIN y K. AMBOS).

los estados partes³⁴. En un sentido técnico, por crimen podemos entender todo acto u omisión que la ley hace punible, mientras que una infracción es solo aquel acto u omisión que infringe una obligación legal. Así pues, podríamos afirmar que un crimen conlleva una infracción, pero no toda infracción es igual a un crimen. Además, un crimen puede conllevar consecuencias penales internacionales y nacionales, mientras que una infracción podría no tenerlas. En cualquier caso, sí las tendría si se tratase de una infracción grave del DIH, pero a nivel nacional, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 49 del CGI, 50 del CGII, 129 del CGIII y 146 del CGIV. A pesar de lo anterior, resulta evidente que ambos términos tienden a confundirse, ya que, por ejemplo, en el art. 8 del Estatuto de la CPI se regulan los crímenes de guerra, comprendiéndose en el apartado 2.a) las infracciones graves de los Convenios de Ginebra. Esto significa que las infracciones graves del DIH han evolucionado dentro del Derecho internacional hasta convertirse en auténticos crímenes de guerra³⁵. Las posibles causas de confusión de tales figuras jurídicas podrían resumirse en que ambas constituyen violaciones del DIH y tienen consecuencias penales. A mayor abundamiento, el art. 85.5 del PAI dispone que «(...) las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra». Dicho esto, no cabe duda alguna de que las infracciones graves del DIH son auténticos crímenes de guerra.

La principal diferencia entre los crímenes de guerra y las infracciones graves del DIH radica en que los primeros pueden cometerse tanto en conflictos armados internacionales (en adelante, CAI) como en conflictos armados no internacionales (en adelante, CANI), mientras que las segundas, solo pueden darse en los CAI³⁶, ello es así toda vez que las infracciones graves enumeradas en los arts. 50 CGI, 51 CGII, 130 CGIII, 147 CGIV³⁷ y 85 PAI están referidas a hechos ocurridos con ocasión de un conflicto armado internacional. En la actualidad, las infracciones graves y los crímenes de guerra han evolucionado a un mismo concepto, ya que en el art. 8.2.a) del ECPI se regulan aquellas como crímenes de guerra en sentido estricto, por lo que se

³⁴ Cfr. M. D. ÖBERG (2009). «The absorption of grave breaches into war crimes law», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 9, pág. 163 y ss.

³⁵ *Ibid.*, pág. 167.

³⁶ *Ibid.*, pág. 170.

³⁷ El GI es el Convenio I de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en campaña; el GII es el Convenio II de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para mejorar a suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en la mar; el GIII es el III Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra; el GIV es el Convenio IV de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

puede afirmar que las mismas son una modalidad de los crímenes de guerra existentes, con unas características propias que las diferencia de estos; en concreto, que tales infracciones graves ponen en marcha el sistema de eficacia del DIH, es decir, la justicia universal. De otra parte, en el Estatuto de la CPI se tipifican de manera precisa como crímenes de guerra las infracciones graves del DIH, a diferencia de los Convenios de Ginebra de 1949, los cuales deben ser considerados como una guía para que los estados tipifiquen en su ordenamiento penal dichas conductas reprochables³⁸, no constituyendo tipos penales, a diferencia de los crímenes de guerra previstos en el art. 8.2 del ECPI.

1.2.2. *Las infracciones graves, las violaciones graves y otras contravenciones de los Convenios de Ginebra del año 1949 y del Protocolo Adicional de 1977.*

Resulta interesante hacer referencia al art. 90.2.c.i) del PAI, que dispone «La comisión tendrá competencia para: i) proceder a una investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo o como cualquier otra violación grave de los Convenios o del presente Protocolo». Del precepto normativo anterior se deduce que dentro de los Convenios de Ginebra de 1949 y del PAI existen tanto infracciones graves como violaciones graves del DIH³⁹, por lo que nos tenemos que preguntar cuáles son las diferencias entre dichas figuras jurídicas. En primer lugar, podemos sostener que las infracciones graves del DIH son todas aquellas conductas enumeradas en los Convenios de Ginebra y en el PAI como tales, por lo que son *numerus clausus*, al no poder incluirse ninguna otra distinta. En segundo lugar, las violaciones graves del DIH serían todos aquellos actos u omisiones que contravienen gravemente preceptos o principios del DIH, los cuales merecen represión penal. Tales violaciones graves deben diferenciarse, a su vez, de aquellas otras violaciones a las que se hace mención en los arts. 49.3.º CGI, 50.3.º CGII, 129.3.º CGIII y 146.3.º CGIV, que es-

³⁸ M. BOTHE (2002). «War crimes», en *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Editores: A. CASSESE, P. GAETA, y J. R. W. D. JONES. Oxford, Oxford University Press, pág. 391 y ss.; M. D. ÖBERG (2009), *loc. cit.*, pág. 169.

³⁹ Cfr. Y. SANDOZ (1999). «Penal Aspects of International Humanitarian Law», en *International Criminal Law*. Editor: M. C. BASSIOUNI. Nueva York, Transnational Publishers, pág. 403; I. BANTEKAS, y S. NASH (2007), *International Criminal Law*. Londres, Routledge-Cavendish, pág. 113.

tablecen que «Cada parte contratante adoptará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las prescripciones del presente Convenio, distintas de las infracciones graves enumeradas en el artículo siguiente». Según mi parecer, no podemos confundir las infracciones graves, las violaciones graves y aquellas otras contravenciones de los convenios que no sean ni las unas ni las otras con base en lo siguiente:

- a. Las infracciones graves del DIH pertenecen a una lista *numerus clausus*, no pudiéndose ampliar a otras distintas de las contempladas en los preceptos que las regulan, siendo consideradas los quebrantamientos más graves del DIH⁴⁰.
- b. Las violaciones graves comprenden todas las contravenciones de los Convenios de Ginebra y de los PAI y PAII distintas de las infracciones graves, que reúnen un plus de gravedad suficiente para no ser consideradas como meras irregularidades del DIH. Estas violaciones graves pueden ser juzgadas y castigadas por los estados parte, en aplicación de lo dispuesto en los ars. 49.3.º CGI, 50.3.º CGII, 129.3.º CGIII y 146.3.º CGIV.
- c. Aquellas otras contravenciones a las que se hace mención podrían constituir cualquier irregularidad de los convenios que no ostentasen gravedad suficiente como para que se ponga en marcha un proceso penal, bastando, en principio, una intervención disciplinaria del estado parte para reprender el injusto cometido. En cualquier caso, estas otras contravenciones del DIH solo serían aplicables a conductas que no pusieran en peligro o lesionasen valores relevantes del DIH.
- d. Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra hacen entrar en juego los mecanismos estipulados en los arts. 49.2.º del CGI, 50.2.º del CGII, 129.2.º del CGIII y 146.2.º del CGIV, en el sentido de aplicarse el principio de justicia universal obligatoria⁴¹, o extraditar al presunto responsable de las infracciones graves (*aut dedere aut iudicare*). Por otro lado, las violaciones graves y aquellas otras contravenciones no graves no dan lugar al sistema de eficacia mun-

⁴⁰ Cfr. G. BOAS *et al* (2011). *Loc. cit.*, pág. 226.

⁴¹ Cfr. Y. SANDOZ (1999). «Penal Aspects...», *loc. cit.*, pág. 414; cfr. G. BOAS *et al* (2011), *loc. cit.*, pág. 227; existen resoluciones judiciales de tribunales penales internacionales que reconocen la jurisdicción universal sobre las infracciones graves del DIH, cfr. *Prosecutor v. KAING Guek Eav alias Duch*, Judgment ECCC, 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 July 2010, párr. 403; cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 80.

- dial, pudiendo solamente el estado parte conocer de estos comportamientos con base en el principio de territorialidad y personalidad activa o pasiva, sin perjuicio de la jurisdicción universal facultativa que corresponde a los estados para las violaciones graves que sean crímenes de guerra según su ordenamiento jurídico⁴².
- e. Las infracciones graves del DIH implican la comisión de una serie de actos tasados, pero exigen que se cometan contra «personas protegidas o bienes protegidos por el Convenio», según establecen los arts. 50 CGI, 51 CGII, 130 CGIII y 147 CGIV y art. 85 del PAI⁴³. De otra parte, las violaciones graves y las meras contravenciones del DIH abarcan un campo de aplicación más amplio, al no exigirse que la persona o bien afectado tenga la condición expresa de persona o bien protegido.
- f. Según la jurisprudencia emanada del TPIY (caso Tadic), para que se produzca una violación grave⁴⁴, deben reunirse los siguientes requisitos: violación de una norma de Derecho internacional; que la norma pertenezca al Derecho consuetudinario o al convencional; la violación debe ser seria, es decir, conllevar la vulneración de valores importantes para el perjudicado y ocasionarle graves perjuicios, y, por último, dicha violación debe conllevar responsabilidad penal.
- g. Las infracciones graves del DIH solo pueden cometerse en el seno de un conflicto armado internacional, mientras que las violaciones graves y las meras infracciones del DIH podrían ser cometidas tanto en conflictos internacionales como domésticos. Una muestra de lo anterior lo encontramos en el art. 3, común de los Convenios, ya que la violación de dicho precepto no es una infracción grave *in strictu sensu*, puede cometerse en una contienda armada no internacional⁴⁵ y protege unos bienes jurídicos que en caso de vulnerarse los mismos en una contienda armada internacional serían infracciones graves del DIH.

⁴² Cfr. C. V. D. WYNGAERT (1991). «The suppression of war crimes under Additional Protocol I», en *Humanitarian Law of Armed Conflict*. Editors: AJM DELISSEN y G. J. TANJA. Dordrecht, Martinus Nijhoff, pág. 197.

⁴³ I. BANTEKAS, y S. NASH (2007). *Loc. cit.*, pág. 114.

⁴⁴ Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 94.

⁴⁵ Cfr. B. V. A. RÖLING (1960). «The law of war and the national jurisdiction since 1945», en *Recueil des Cours*, n.º 325, pág. 342. Lo relevante en todo momento es que las infracciones graves del DIH originan una obligación de represión penal, mientras que las violaciones graves u otras infracciones del DIH dan lugar a un derecho de represión penal, por lo que nos encontraríamos ante la jurisdicción universal facultativa.

- h. Las infracciones y violaciones graves del DIH y cualquier tipo de contravención son comportamientos antijurídicos, toda vez que los mismos entran en contradicción con lo dispuesto en el DIH. Sin embargo, solo las infracciones y violaciones graves del DIH son actos materialmente antijurídicos que pueden dar origen a la jurisdicción universal, al lesionar o poner en peligro bienes jurídicos supraindividuales que afectan a la comunidad internacional. Aquellas otras contravenciones del DIH ponen en peligro otra serie de bienes jurídicos distintos que podrían, en muchos casos, salvaguardarse por otra serie de mecanismos extrapenales.
- i. Acudiendo al Estatuto de la CPI podemos afirmar que las infracciones y violaciones graves del DIH tipificadas en el Convenio de Roma son crímenes internacionales, en concreto, crímenes de guerra. Empero, aquellas otras infracciones del DIH no ostentarán la condición de crimen internacional, pudiendo constituir delitos ordinarios o incluso ilícitos disciplinarios, no perseguibles universalmente.

1.3. REQUISITOS DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

1.3.1. *Existencia de un conflicto armado*

Para hablar de un crimen de guerra debe existir un conflicto armado⁴⁶, ya sea de índole internacional o no⁴⁷, por lo que es preciso delimitar dicho término. Antiguamente, en vez de utilizarse el término conflicto armado se empleaba la expresión «guerra». Concretamente, siguiendo a Fernández-Flores y de Funes, las normas consuetudinarias se referían al término de «guerra», sin definirlo, al suponer que al hablar del mismo todo el mundo sabría a qué se refiere, por lo que hubo que acudir a criterios doctrinales para afirmar que la «guerra» es la lucha armada entre estados para un fin particular⁴⁸. En la actualidad, la definición de guerra todavía sigue sin de-

⁴⁶ Cfr. F. PIGNATELLI Y MECA (2003). «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 158 a 177; J. L. FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES (2001), *loc. cit.*, pág. 357 a 385; G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 450 a 466; cfr. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007), «Ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario. Delimitación de los conflictos armados», en *Derecho internacional humanitario*, coordinador: J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. Valencia. Tirant lo Blanch, pág. 151 a 190; cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 209 y ss.

⁴⁷ G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 30.

⁴⁸ J. L. FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES (2001). *Loc. cit.*, pág. 365 y 366.

finirse convencionalmente⁴⁹, pero lo más importante es que la evolución del DIH y de las contiendas armadas ha provocado que en lugar de hablar de guerra hablemos de «conflictos armados», término que tampoco ha sido definido en instrumento internacional alguno. Oppenheim sostuvo que la guerra, en cualquier caso, era una contienda o lucha violenta mediante el uso de la fuerza armada entre dos o más estados⁵⁰. Para Fernández-Flores y de Funes hay un conflicto armado cuando hay un enfrentamiento armado, sea entre fuerzas de dos o más estados, con declaración o sin ella, y cuando se enfrentan fuerzas de un estado contra los pueblos que luchan contra su dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas⁵¹. Según Rodríguez Villasante, el conflicto armado implica una acción violenta persistente, integrada por la lucha armada entre dos o más partes en el conflicto con intención hostil⁵². Siguiendo un criterio jurisprudencial, el TPIY en el asunto Tadic, sostuvo que un conflicto armado existe siempre que hay un recurso a la fuerza armada entre estados, o una situación de violencia prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un estado⁵³. Del criterio jurisprudencial anterior se deduce que existen diversos tipos de conflictos armados: los internacionales o interestatales y los no internacionales o internos, ya sean estos entre las Fuerzas Armadas de un Estado y grupos armados organizados o entre ellos entre sí.

Los conflictos armados internacionales surgen cuando un estado ejerce cualquier tipo de violencia armada contra otro estado en el ámbito protegido del Derecho internacional, resultando irrelevante la extensión de la fuerza ejercida, ya que el DIH empezará a aplicarse desde el «primer tiro», quedando fuera del ámbito de aplicación las meras amenazas. También hemos de precisar que ciertos conflictos domésticos pueden degenerar en contiendas internacionales, bien porque un tercer estado se implique directamente en la contienda ejerciendo un control general sobre una de las partes⁵⁴, o bien por-

⁴⁹ Y. DINSTEIN (2008). *War, Aggression and self-defence*. Cambridge. Cambridge University Press, pág. 4; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 31.

⁵⁰ L. OPPENHEIM (1961). *Loc. cit.*, tomo II, vol. I, pág. 208 y 209.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 367 y 368.

⁵² J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 155.

⁵³ *Caso Tadic* IT-94-1-AR72. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 70; en el mismo sentido, cfr. *Prosecutor v. Sefer Halilovic*, judgment (TPIY) 16 november 2005, párr. 24.

⁵⁴ G. METTRAUX (2005), *Loc. cit.*, pág. 57; cfr. *Prosecutor v. Naletilic and Martinovic*, IT-98-34-T, trial judgment 31 March 2003, párr. 189 (en este caso se necesita que dicho tercer estado ejerza un control sobre una de las partes en contienda mediante la financiación, apoyo logístico, envío de fuerzas, planeamiento de operaciones militares, esta-

que una de las partes en conflicto se ha convertido en un estado propio. Con respecto a esta última hipótesis es preciso que la parte secesionista reúna las características propias de todo estado según el Derecho internacional, es decir, existencia de una población, de un territorio definido, de un gobierno y la capacidad para mantener relaciones con otros estados soberanos⁵⁵. Si la parte secesionista reúne estos presupuestos, la contienda doméstica podrá convertirse en un conflicto internacional. Las principales normas internacionales humanitarias que regulan tales conflictos son los Convenios de Ginebra de 1949 y el PAI, los cuales establecen un mecanismo de represión penal universal por la comisión de infracciones graves del DIH. Resulta significativo indicar que con la aprobación del PAI se realizó *de facto* una ampliación de las clases de CAI, toda vez que con base en el art. 1.4 del PAI, además de aplicarse el referido protocolo a las situaciones previstas en el art. 2, común de los Convenios de Ginebra, también era de aplicación en aquellos conflictos que conllevaban una lucha armada contra la dominación colonial y la ocupación extranjera, y contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Así pues, podemos afirmar que los CAI se pueden dividir en interestatales, internacionales por extensión y de situación de ocupación bélica⁵⁶.

En cuanto a los conflictos internos, estos pueden dividirse en ordinarios, generalizados, globalizados y prolongados. El «ordinario» hace referencia a las denominadas guerras civiles dentro de un estado. A causa de la inexistencia de protección alguna sobre las víctimas en dichas contiendas armadas se incluyó el art. 3, común de los Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a «los conflictos armados que no sean de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes». Normalmente, las partes en conflicto serán las Fuerzas Armadas del gobierno y otra serie de grupos armados organizados que pueden ser denominados por el Gobierno como rebeldes, sediciosos, insurgentes o grupos disidentes⁵⁷.

blecimiento de fuerzas o asesores militares en la zona de combate, etc.). El control general referido es más amplio que el control específico argumentado por la Corte Internacional de Justicia, cfr. Sentencia de la CIJ, *caso Nicaragua v. EE.UU* de 1986, párr. 115.

⁵⁵ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO (2002). *Instituciones de Derecho internacional público*. Madrid, Tecnos, pág. 219 y ss.; *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, IT-02-54-T, decision on motion for judgment of acquittal 16 June 2004, párr. 85 y ss.; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 58; cfr. artículo 1 de la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados de la Conferencia Interamericana de Montevideo de 26 de diciembre de 1933; cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 214 a 221.

⁵⁶ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 158 y 159.

⁵⁷ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 161; un caso ejemplar para determinar cuándo es de aplicación el art. 3, común de

Empero lo dicho, también es posible que el conflicto se desarrolle entre grupos organizados armados sin la participación de las Fuerzas Armadas estatales, que pueden quedar al margen de la contienda, desarrollándose las actividades bélicas en un determinado espacio territorial que no está sometido al control estatal⁵⁸. El conflicto armado interno «generalizado» es aquel que se produce cuando surgen enfrentamientos armados entre las Fuerzas Armadas de un estado y grupos organizados armados con un mando responsable que ejerce el control operativo sobre una parte del territorio del Estado, pudiendo aplicarse con ello las normas del DIH; tales requisitos aparecen contemplados en el art. 1.1. del PAII. Este tipo de conflicto requiere de unos presupuestos más exigentes que los conflictos internos del art. 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949⁵⁹. La contienda armada interna «globalizada» abarca una dimensión internacional, al participar en la misma fuerzas multinacionales de otros estados o incluso de organizaciones internacionales. El conflicto armado no deja de ser doméstico, sin embargo, su globalización se produce por la participación ajena de otras fuerzas, sin que constituya una contienda armada internacional⁶⁰. El conflicto armado interno «prolongado» tiene su origen en el art. 8.2.f) del ECPI, que tipifica como crímenes de guerra determinadas conductas que solo pueden darse en una contienda armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. Estos conflictos no requieren el necesario control sobre una determinada parte del territorio de un estado, ni la existencia de un mando responsable, solo se requiere que haya un enfrentamiento armado «prolongado» entre las partes en contienda⁶¹. Por prolongado deberíamos entender todo con-

los Convenios de Ginebra de 1949, fue el denominado «caso La Tablada», cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe n.º 55/97, caso 11.137*, de 18 de noviembre de 1997, párr. 152 y ss.

⁵⁸ J. PEJIC (2011). «The protective scope of Common article 3: more than meets the eye», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 93, n.º 881, pág. 5.

⁵⁹ A. CULLEN (2008). «The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f)», en *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, n.º 3, pág. 441; un ejemplo clásico de conflicto armado interno del art. 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949, es el ataque al Cuartel Militar de La Tablada (República de la Argentina) ocurrido los días 23 y 24 de enero de 1989, cfr. *Informe n.º 55/97, caso 11.137 Juan Carlos Abella*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 1997, párr. 147 y ss.

⁶⁰ Cfr. J. PEJIC (2011). *Loc. cit.*, pág. 6; cfr. R. GEISS, y M. SIEGRIST (2011). «¿El conflicto armado en Afganistán ha afectado las normas relativas a la conducción de las hostilidades», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 93, n.º 881, pág. 4.

⁶¹ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 162; en sentido contrario se expresa SCHABAS, quien sostiene que los crímenes de

flicto armado de larga duración que alcanza cierta intensidad y pone en peligro los intereses de la comunidad internacional, lo que justifica una cierta intromisión en la soberanía estatal⁶². Así mismo, existen determinadas situaciones que no reúnen el umbral necesario para considerarlas como conflicto armado, nos referimos a los disturbios y tensiones internas, tales como los motines u otros actos esporádicos y aislados de violencia⁶³. En todo caso, no hay duda de que estaríamos ante un conflicto interno, pero no sería armado, por lo que el DIH no podría aplicarse. En la práctica dichas situaciones constituyen una «zona gris» difícil de delimitar.

Las normas de carácter humanitario que se aplican en las contiendas armadas internas son el art. 3, común a los Convenios de Ginebra del año 1949 y el PAII. A diferencia de lo estipulado para los conflictos armados internacionales, en las normas humanitarias que regulan los conflictos internos no existe un mecanismo de represión penal universal para la comisión de infracciones graves de dichos instrumentos internacionales, por un simple motivo: no existen tales infracciones graves. Sin embargo, con la aprobación del Estatuto de la CPI, podríamos afirmar que actualmente sí existen violaciones graves de las normas básicas del DIH en las contiendas armadas internas, como se demuestra en el art. 8.2.c) y e) del Convenio de Roma. Así mismo, los injustos tipificados en el Estatuto de la CPI forman parte del Derecho consuetudinario⁶⁴, toda vez que muchos de ellos ya han sido considerados crímenes internacionales en otras normas penales internacionales⁶⁵. A pesar de todo lo dicho, no existe norma convencional

guerra previstos en el art. 8.2.e) del ECPI traen causa del PAII, por lo que deben reunir los presupuestos de dicho texto internacional, cfr. W. A. SCHABAS (2012), *loc. cit.*, pág. 143; también en sentido contrario, cfr. A. CULLEN (2008), *loc. cit.*, pág. 444, al considerar que los crímenes de guerra previstos en el art. 8.2.e) del ECPI se aplican a los conflictos armados internos del art. 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949, principalmente, porque reflejan el Derecho consuetudinario existente y por la utilización del término «otras violaciones de las leyes...» empleado en el art. 8.2.e) del ECPI, que equivaldría a equiparar ambos tipos de contienda armada sin necesidad de establecer umbrales distintos.

⁶² G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 454.

⁶³ Y. MOMTAZ (1998). «Las normas humanitarias mínimas aplicables en período de disturbios y tensiones interiores», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 147, pág. 493 a 501; cfr. *Informe n.º 55/97, caso 11.137 Juan Carlos Abella*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 1997, párr. 154 y ss., donde califican los hechos ocurridos en el Cuartel de La Tablada como hechos sujetos al DIH, por las acciones de los atacantes, participación directa de las Fuerzas Armadas y por la naturaleza y grado de violencia de los hechos en cuestión. Se trató de una operación militar contra un objetivo militar.

⁶⁴ Cfr. A. CULLEN (2008). *Loc. cit.*, pág. 443 y 444, entiende que los crímenes de guerra del art. 8.2 del ECPI reflejan el Derecho consuetudinario existente.

⁶⁵ Cfr. J. M. HEANCKAERTS, y L. DOSWALD-BECK (2007). *Loc. cit.*, norma 156, pág. 667 y 668; cfr. Estatuto del TPIY, Estatuto del TPIR y Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

alguna que obligue a la persecución universal de estos crímenes internacionales. La única posibilidad es que mediante la jurisdicción universal facultativa los estados se atribuyan competencia para juzgarlos y castigarlos⁶⁶.

Cuestión distinta son los estados parte del Estatuto de la CPI, quienes para cumplir con el principio de complementariedad tendrían que juzgar los crímenes de guerra tipificados en el art. 8.2 del ECPI. A este respecto, el Estado del *locus delicti* sería el preferente para enjuiciar tales injustos, sin perjuicio de que el resto de estados parte, en aplicación del principio de justicia universal u otros títulos jurisdiccionales, puedan también enjuiciarlos.

1.3.2. *Conexión entre el conflicto armado y el crimen de guerra*

No todo delito cometido durante una contienda armada puede ser considerado como crimen de guerra, es necesario un nexo o causa de relación entre el crimen en sí y el conflicto armado⁶⁷. Según Werle «solo existe un crimen de guerra cuando la conducta de que se trata está en una relación funcional con un conflicto armado»⁶⁸. Así mismo, la jurisprudencia del TPIY ha manifestado que el crimen de guerra debe estar en estrecha o evidente relación con el conflicto⁶⁹ y que la existencia del conflicto armado debe ser de fundamental importancia para la capacidad del autor de cometer el delito, para su decisión de cometerlo, para el modo de cometerlo o para la finalidad del acto⁷⁰. Este nexo imprescindible, que debe existir entre el acto ilícito y la contienda armada, ha sido reflejado en los «elementos de los crímenes» relativos a los tipos penales de crímenes de guerra del Estatuto de la CPI. Los comportamientos que se lleven a cabo sin la conexión requerida con el conflicto armado podrán ser delitos ordinarios, pero en ningún caso crímenes de guerra⁷¹. Como guía básica para acreditar que un comportamiento punible está relacionado con una contienda armada, se pueden enumerar los siguientes hechos: que el responsable sea un combatiente, que la víctima sea parte de la población civil o una persona protegida, que el acto tenga

⁶⁶ J. M. HEANCKAERTS, y L. DOSWALD-BECK (2007). *Loc. cit.*, norma 157, pág. 683 y ss.

⁶⁷ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 38; cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 228.

⁶⁸ G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 461.

⁶⁹ *Prosecutor v. Múćic et al.*, judgment 16 November 1998, párr. 193; *Prosecutor v. Tadić*, judgment 7 may 1997, párr. 573; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, judgment 12 June 2002, párr. 402; *Prosecutor v. Brđjanin*, judgment 1 September 2004, párr. 121; *Prosecutor v. Blaskić*, IT-95-14-T, judgment 3 march 2000, párr. 69.

⁷⁰ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, judgment 12 June 2002, párr. 58.

⁷¹ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 38 y 39.

por finalidad obtener una ventaja militar o que el comportamiento sea llevado a cabo dentro de las funciones de un mando militar⁷². El conflicto armado debe haber jugado un papel sustancial en la capacidad del responsable para cometerlo, para realizarlo de una manera concreta o en relación al propósito del mismo⁷³. También, hemos de significar que el crimen de guerra no es necesario que se ejecute en el área de combate o en sus proximidades, solo se requiere que esté relacionado con las hostilidades o con las partes del territorio controladas por una parte beligerante⁷⁴. La responsabilidad penal y la conexión necesaria con la contienda armada no es solo para los miembros de las fuerzas armadas beligerantes, sino que cualquier persona que haya podido participar, directa o indirectamente en dicho conflicto, puede ser perfectamente responsable por tales crímenes de guerra⁷⁵. En suma, el contexto del conflicto armado debe entenderse como un elemento objetivo normativo del tipo, debiendo los tribunales determinar si existe esta contienda armada o no para poder apreciar los tipos penales y, además, solo se requerirá que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias del hecho que establezcan su existencia⁷⁶.

1.3.3. *El elemento subjetivo del tipo*

En todo crimen de guerra, el autor del mismo, quien podrá ser un combatiente⁷⁷ o un civil⁷⁸, tendrá que tener conocimiento de las circunstancias de hecho que resultan del conflicto armado⁷⁹. Así pues, la contienda armada, además de ser un elemento objetivo del tipo, debe reflejarse en la conciencia del

⁷² *Prosecutor v. Kunarac et al.*, judgment 12 June 2002, párr. 59.

⁷³ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 39.

⁷⁴ *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, judgment 3 march 2000, párr. 69 y 70.

⁷⁵ *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*, judgment 21 may 1999, párr. 174 y ss; *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, trial judgment 2 September 1998, párr. 640, en donde se afirma que los civiles pueden ser responsables penales bajo el art. 4 del Estatuto del TPIR.

⁷⁶ F. PIGNATELLI Y MECA (2003). «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 178 y 179.

⁷⁷ A. GIL GIL (2003). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Editores: K. AMBOS y EZEQUIEL MALARINO, Fundación Konrad Adenauer, pág. 350. Hemos de precisar que actualmente los crímenes de guerra pueden ser cometidos tanto por civiles como por militares o personas movilizadas, cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 42.

⁷⁸ Cfr. *Prosecutor v. Vasiljevic*, IT-98-32-T, judgment 29 November 2002, párr. 57; cfr. H. H. JESCHECK (1982), «War Crimes», en *Encyclopedia of Public International Law*. Editor: Bernhardt, pág. 294; M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 240, considera que los civiles pueden cometer crímenes de guerra si están vinculados con una de las partes en la contienda; cfr. *Prosecutor v. Celebici case* IT-96-21-T, trial judgment 16 de november 1998, párr. 241, en donde se manifiesta que no es necesario que los responsable penales sean miembros de las Fuerzas Armadas o tengan el título de combatientes.

⁷⁹ M.^a D. BOLLO AROCENA (2004). *Loc. cit.*, pág. 233.

responsable. A su vez, no es necesario que el responsable tenga conocimiento de las circunstancias en las cuales se basa el conflicto armado, es decir, si es de carácter internacional o no⁸⁰. Con carácter general los crímenes de guerra deben cometerse dolosamente, incluido el dolo eventual, no castigándose la comisión imprudente de los mismos, salvo que el tipo penal pueda inferirse lo contrario, como podría suceder con el crimen de guerra de alistar o reclutar niños menores de 15 años tipificado en el Estatuto de la CPI. Asimismo, el TPIY ha considerado que el crimen de guerra de homicidio intencional puede ser cometido mediante la *recklessness*, la cual podría semejarse a la imprudencia temeraria o imprudente⁸¹. En relación a los crímenes de guerra tipificados en el art. 8 del ECPI, estos deben cometerse con dolo, tal y como se deduce del art. 30 del ECPI, al establecer que «una persona será penalmente responsable (...) únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento». Huelga afirmar que según la doctrina emanada de la CPI, los crímenes internacionales de su competencia no pueden ser cometidos mediante el denominado *dolus eventualis*⁸².

1.3.4. Gravedad del hecho punible

El último requisito necesario para la existencia de un crimen de guerra es que el acto llevado a cabo reúna una gravedad determinada, es decir, no vale cualquier infracción del DIH; solamente serán crímenes de guerra aquellos actos que entrañen una gravedad tal que pongan en peligro o lesionen bienes

⁸⁰ G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 465 y 466.

⁸¹ Sentencia del TPIY (Trial Chamber) de fecha 16 de noviembre de 1998, *Prosecutor v. Celebici* pára. 439.

⁸² Cfr. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2000). «Los principios generales del Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Revista Española de Derecho Militar*; n.º 75, pág. 417 y ss.; cfr. *Prosecutor v. Stakic* de 31.07.03, IT-97-24-T, párr. 587; cfr. H. OLÁSULO (2009). *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*. Oxford, Hart Publishing, pág. 282 y 283; al respecto hay que significar que en el caso Bemba la CPI indicó que el dolo eventual no tenía cogida en el art. 30 de su estatuto, toda vez que no se ha recogido literalmente en dicho precepto, cfr. *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba*, confirmation of charges, de 15 de junio del 2006, ICC-01/05-01/08-424, párr. 362 a 369. Así mismo, en la sentencia de Lubanga se vuelve a excluir el dolo eventual, por lo que puede afirmarse que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional no rige dicha forma de dolo, hecho desde mi punto de vista erróneo; cfr. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, párr. 1011; cfr. K. AMBOS (2012), «The first Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues», en *International Criminal Law Review*; n.º 12, pág. 149.

jurídicos relevantes o valores importantes para la comunidad internacional⁸³. Este criterio es razonable, ya que muchos crímenes de guerra están vinculados con la jurisdicción universal, toda vez que estos han sido considerados ilícitos que ponen en peligro la paz y seguridad de la comunidad internacional. Por lo anterior, entiendo que el crimen de guerra deberá consistir en una vulneración grave del DIH, dando lugar con ello a la posibilidad de aplicar la jurisdicción universal para su enjuiciamiento. Sin embargo, cuando un estado decide tipificar dentro de su ordenamiento jurídico un determinado hecho, el cual no es grave, como crimen de guerra, considero que si bien no hay impedimento legal alguno para hacerlo, no es menos cierto que el mismo no podría ser objeto de persecución universal, al no reunir el presupuesto necesario de gravedad suficiente. La gravedad del comportamiento podemos deducirla en virtud de la forma en que fue ejecutado el hecho criminal, los métodos usados, su reiteración, los valores protegidos, la posición de poder o superioridad del responsable, las consecuencias del acto en la víctima, los motivos del responsable o el contexto de los crímenes⁸⁴. Así mismo, no debemos confundir que el comportamiento reprochable sea grave con la necesidad de que el mismo sea cometido a gran escala o de forma sistemática, requisitos que podrían conducirnos a un crimen internacional distinto, como son los crímenes de lesa humanidad⁸⁵. Como conclusión, podemos reseñar que para considerar los crímenes de guerra como crímenes internacionales, aquellos deberán reunir los presupuestos establecidos por el TPIY en su jurisprudencia, entre los que se encuentran la gravedad del hecho punible⁸⁶.

2. PERSECUCIÓN UNIVERSAL DE LAS INFRACCIONES GRAVES DEL DIH

La aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949 se debió al fracaso que supusieron los anteriores convenios del año 1929 sobre los heridos y

⁸³ Cfr. G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 50.

⁸⁴ *Prosecutor v. Aleksovski*, appeal judgment IT-95-14/1-A, 24 march 2000, pára 36 y ss.; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 51.

⁸⁵ Cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004). *Loc. cit.*, pág. 234 y 235, como bien apunta esta autora pueden existir infracciones graves del DIH que exijan que se cometan a gran escala, como por ejemplo la prevista en el art. 50 GI al disponer: «la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas a gran escala...».

⁸⁶ Cfr. *Prosecutor v. Tadic*. Decisión of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 94 y *Prosecutor v. Kvočka et al*, IT-98-30/1-PT, decision on preliminary motions filed by Mlado Radic and Miroslav Kvočka Challenging jurisdiction, 1 April 1999, párr. 9.

enfermos de los ejércitos en campaña y el del tratamiento de los prisioneros de guerra⁸⁷. Ambos instrumentos internacionales no procuraron herramientas suficientes para castigar los nuevos comportamientos criminales cometidos durante la II Guerra Mundial⁸⁸. Del mismo modo, a causa de los conflictos armados surgidos en la época de la Guerra Fría, la comunidad internacional observó que ciertas normas del DIH no ofrecían protección suficiente a la población civil, la cual seguía siendo objeto de numerosos ataques de manera indiscriminada. En este nuevo contexto internacional se desarrollaron más profundamente las infracciones graves del DIH, teniendo como base principal el art. 85 del PAI, que regula la represión de las infracciones graves del citado protocolo. Lo más sugerente del artículo referido es que con su aprobación se produjo un aumento de las denominadas infracciones graves del DIH, que eran muy escasas en los Convenios de Ginebra⁸⁹. Con la aprobación del PAI se incluyen once nuevas infracciones graves del DIH, «siempre que se cometan intencionadamente en violación de las disposiciones pertinentes del Protocolo y causen la muerte

⁸⁷ Cfr. T. J. MURPHY (1984). *Loc. cit.*, pág. 27.

⁸⁸ Cfr. Y. SANDOZ (2009). «The history of the grave breaches regime», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 7, pág. 673.

⁸⁹ Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, reguladas en los arts. 50 CGI, 51 CGII, 130 CGIII y 147 CGIV, son las siguientes: «homicidio intencional, tortura, tratos inhumanos incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas enemigas, el hecho de privar a un prisionero de guerra del derecho de ser juzgado legítima e imparcialmente, la deportación o traslado ilegal, la detención ilegal, el forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas enemigas o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente y la toma de rehenes»; se significa que tales actos deben cometerse contra las personas y bienes protegidos en los referidos convenios. El art. 85.3 del PAI dispone que: «Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo, y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud: a) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; b) lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii; c) lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii; d) hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; e) hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; f) hacer uso péfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo».

o atenten gravemente a la integridad física o a la salud (art. 85.3 del PAI), o cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo (art. 85.4 del PAI)». Aparte, se incorporan otros injustos como infracciones graves del DIH en el art. 11 del PAI⁹⁰. Resulta llamativo cómo en el apartado 5.º del art. 85 del PAI se afirma que las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo se considerarán crímenes de guerra. Aquí se aprecia la evolución de esta categoría de injustos dentro del Derecho internacional. Desde mi punto de vista, con la aprobación del PAI se corrigieron notablemente las carencias de los Convenios de Ginebra y se formalizó la consagración de los principios de distinción y de humanidad que deben regir en toda contienda armada, alcanzando incluso el *status* de normas de *ius cogens*. En definitiva, los ataques solo pueden ir dirigidos contra los objetivos militares y siempre con la precaución que disponen las normas del Derecho humanitario (arts. 57 y 58 del PAI). Si bien es cierto que los Convenios de Ginebra forman parte del Derecho consuetudinario⁹¹, no podemos decir lo mismo del PAI. Ciertamente, la totalidad del PAI no tiene naturaleza consuetudinaria, sin embargo, algunos principios del protocolo sí, en concreto, los preceptos que regulan los crímenes de guerra. Algunas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGNU)⁹² y del CSNU⁹³ han establecido diversos principios de cumplimiento obligatorio, sin que hubiese oposición por los estados, lo que demuestra la convicción sobre la norma. Estos principios relativos al DIH habrían adquirido el rango de normas de *ius cogens*, hablamos del principio de distinción, de la prohibición de lanzar ataques contra civiles

⁹⁰ El art. 11 del PAI prohíbe «someter a las personas que están en poder de la parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier forma a causa de una situación prevista en el art. 1 del citado protocolo, a cualquier acto médico que no esté indicado por un estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas; en concreto, se prohíben las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científico y las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si estos están justificados; asimismo constituirá, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 del PAI, infracción grave «toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una parte distinta de aquella de la que depende, sea que viole cualquiera de las prohibiciones señaladas en los párrafos 1 y 2, sea que no cumpla las exigencias prescritas en el párrafo 3».

⁹¹ Cfr. V. CHETAIL (2003). *Loc. cit.*, pág. 235 a 269; cfr. *Informe del secretario general*, S/25704, de 3 de mayo de 1993, que presenta el Estatuto del TPIY, en el párrafo 35; cfr. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia «sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares» de 19 de julio de 1996, párr. 86; cfr. Opinión Consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio Palestino ocupado, de fecha 13 de julio del 2004, párr. 157.

⁹² Resolución 2444 (XXIII) y Resolución 2675 (XXV) de la AGNU, entre otras.

⁹³ Resoluciones 564, 771, 794, 819, 853, 904 del CSNU, entre otras.

y de los ataques indiscriminados⁹⁴, por lo que los crímenes de guerra que contemplan estos actos deberían considerarse parte del Derecho consuetudinario. El TPIY en el caso Kupreskic afirmó que los crímenes de guerra eran normas de *ius cogens*, por lo que tenemos que entender que aquellas normas humanitarias que desarrollan los crímenes de guerra también son normas de *ius cogens*, por ejemplo, los arts. 48, 49, 50 y 51 del PAI.

Así pues, con los Convenios de Ginebra de 1949 y el PAI se instauran unos mecanismos de protección mayores, regulando exhaustivamente el *status* de las personas protegidas y las consecuencias penales que acarrea la comisión de las infracciones graves del DIH. La finalidad por la cual solo se extendió el sistema de represión universal, exclusivamente, a las infracciones graves del DIH se debió a evitar que otros estados pudieran inmiscuirse en decisiones que solo concernirían al estado implicado y sus ciudadanos⁹⁵. Los arts. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV de los Convenios de Ginebra de 1949 regulan lo que se puede denominar jurisdicción universal⁹⁶ absoluta⁹⁷ y obligatoria⁹⁸, ya que en los mismos se dispone que «Cada una de las partes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas (...)». Los estados parte tienen una obligación que cumplir en virtud del principio *pacta sunt servanda*, regulado en el art. 26 de la Convención de Viena de 1969; sin embargo, cabe hacer hincapié en un aspecto relevante, que no es otro que la naturaleza consuetudinaria que han adquirido los Convenios de Ginebra de 1949, por lo que todos los estados en el actual momento tienen la obligación de juzgar a los presuntos responsables de haber cometido

⁹⁴ Cfr. J. M. HEANCKAERTS, y L. DOSWALD-BECK (2007). *Loc. cit.*, norma 1 a 6 y normas 11 a 13.

⁹⁵ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 55; *Prosecutor v. Celibici case*, appeal judgment IT-96-21-A, 20 February 2001, párr. 79.

⁹⁶ Cfr. X. PHILIPPE (2006). «Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 862, pág. 5; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 54.

⁹⁷ Por jurisdicción universal absoluta entendemos aquella que no requiere la presencia del responsable en el territorio para iniciar una causa penal contra el mismo por la comisión de crímenes de guerra; cfr. F. PIGNATELLI Y MECA (2003). «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 64, quien sostiene que es necesaria la presencia del responsable en el territorio del Estado que pretende juzgarlo.

⁹⁸ Cfr. R. O'KEEFE (2009). *Loc. cit.*, pág. 814, así mismo, este autor recalca la importancia de los Convenios de Ginebra como punto de inflexión en la justicia universal para la persecución de crímenes de guerra, al ser un instrumento internacional único hasta el momento; cfr. *Prosecutor v. Tadic*, decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 80.

las infracciones graves reguladas en los arts. 50 GI, 51 GII, 130 GIII y 147 GIV⁹⁹. Dicha obligación de represión universal¹⁰⁰ viene afirmada por lo establecido en el art. 1, común a los referidos Convenios de Ginebra, que manifiesta el compromiso de los estados de «respetar y hacer respetar» los mencionados Convenios¹⁰¹. En primer lugar, los estados tienen la obligación de tipificar en su ordenamiento jurídico las infracciones graves del DIH antedichas, establecer penas correspondientes para las mismas y dotar a sus órganos judiciales de competencia suficiente (principalmente jurisdicción universal) para enjuiciar tales injustos¹⁰². En segundo lugar, si lo prefieren, podrán extraditar al responsable a otro estado que tenga cargos suficientes contra el mismo. Todo lo anterior confirma la idea de que la jurisdicción universal consagrada en estos instrumentos internacionales es primaria¹⁰³ y concurrente, no siendo un corolario de la regla *aut dedere aut iudicare*; toda vez que no se requiere la no extradición para ejercer la jurisdicción penal, esta debe aplicarse preferentemente, antes incluso que la propia extradición, que es subsidiaria¹⁰⁴.

Un extremo relevante es el hecho de que la jurisdicción universal instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949 es concurrente¹⁰⁵. Dicha afirmación tiene su fundamento en los propios convenios, los cuales manifies-

⁹⁹ A. CASSESE (2003). «Is the bell tolling for universality? A plea for a sensible notion of universal jurisdiction», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 1, pág. 591.

¹⁰⁰ Cfr. J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007). *Loc. cit.*, pág. 21.

¹⁰¹ En el mismo sentido E. ORIHUELA CALATAYUD (2005). «Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad», en *Derechos y Libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*. Editora: C. RAMÓN CHORNET. Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 175; J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007), *loc. cit.*, pág. 17; y J. JORGE URBINA (2008), «Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado», en *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, pág. 259.

¹⁰² Cfr. R. O'KEEFE (2009). *Loc. cit.*, pág. 816.

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 821. Por jurisdicción universal primaria entendemos aquella que no requiere previamente solicitud alguna de extradición para juzgar un crimen de guerra, sino que desde que el Estado tenga conocimiento de su comisión, surge la obligación de perseguir al responsable del comportamiento punible.

¹⁰⁴ En sentido contrario PIGNATELLI Y MECA, quien sostiene que la jurisdicción universal consagrada en los Convenios de Ginebra de 1949 surge con arreglo a la regla *aut dedere aut iudicare*, cfr. F. PIGNATELLI Y MECA (2003), «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 63; Y. DINSTEIN (1998), «The Universality principle and war crimes», en *International Law Studies*, vol. 71, The law of armed conflict: into the next millennium. Editores: M. N. SCHMITT & L. C. GREEN. Newport Rhode Island, Naval War College, pág. 23, al entender que la jurisdicción universal es obligatoria en los convenios de Ginebra de 1949 pero que también es alternativa con la regla *aut dedere aut iudicare*.

¹⁰⁵ Cfr. Y. DINSTEIN (1998). «The Universality...», *loc. cit.*, pág. 26, este autor entiende que la concurrencia de jurisdicciones surge de la universalidad de represión instaurada en los Convenios de Ginebra de 1949.

tan que «Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves...». Como puede observarse, tal mandato se dirige a cada estado parte, no a uno en concreto o a otros que puedan tener ciertos vínculos o nexos con el injusto. Por ello, desde el momento en que cualquier estado tenga conocimiento de la comisión de una infracción grave del DIH debería iniciar una causa penal para investigarla. Llegados a este punto, huelga sostener que ante la ausencia de criterios de preferencia jurisdiccional establecidos convencionalmente¹⁰⁶ deberían aplicarse ciertos principios generales, como la preferencia de jurisdicción del Estado del *locus delicti*, siempre que éste puede llevar a cabo un proceso justo, equitativo y eficaz. Lo anterior no impide que existan varios procesos en vigor en distintos estados, sobre un mismo hecho, debiéndose respetar el principio de cosa juzgada en cualquier caso. Cada órgano judicial tendría que aplicar criterios de cooperación judicial con el resto de órganos judiciales que conociesen de los mismos hechos, a fin de determinar qué jurisdicción es la preferente, todo ello siendo posible en virtud del principio de reciprocidad, aparte de otros posibles criterios convencionales¹⁰⁷.

Un hecho problemático es el relativo a la persecución universal de las violaciones graves del DIH tipificadas en el Estatuto de la CPI, ya que no están incardinadas en el sistema de persecución universal consagrado en los meritados Convenios de Ginebra. Los estados deberían por iniciativa propia y con base en su potestad soberana considerar la necesidad de implementar en su ordenamiento jurídico penal aquellas otras violaciones graves del DIH como crímenes de guerra, y dotar a sus tribunales de competencia suficiente para juzgarlos, incluso bajo el principio de justicia universal. Esta necesidad se ve amparada a causa del principio de complementariedad impuesto en el art. 17 del ECPI¹⁰⁸. Lo anterior está en estrecha relación con la denominada jurisdicción universal facultativa, empero, considero necesario reiterar la norma 157 del estudio de DIH consuetudinario, llevado a cabo por el CICR, en la que se dispone que «Los estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal

¹⁰⁶ Cfr. S. MENDOZA CALDERÓN (2007). «La aplicación de la ley penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España», en *Revista Penal*, n.º 20, pág. 129.

¹⁰⁷ Cfr. I. BLANCO CORDERO (2007). «Report General sobre Jurisdicción Universal», en *Revista Internacional de Derecho Penal*, vol. 79, pág. 117, como bien indica este autor, en el ámbito regional europeo podría ser de aplicación el Convenio europeo sobre transferencia de procesos en materia penal de 15 de mayo de 1972.

¹⁰⁸ Cfr. S. MENDOZA CALDERÓN (2007). *Loc. cit.*, pág. 128; cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000), «Aplicación del ...», *loc. cit.*, pág. 252.

en materia de crímenes de guerra». La norma no se refiere a una obligación de los estados, todo lo contrario, considera que a causa del principio de soberanía estatal y de conformidad con el Derecho internacional, si lo cree oportuno un determinado estado, este puede conferir a sus tribunales competencia universal para enjuiciar crímenes de guerra. Esta jurisdicción facultativa ha sido reforzada con la aprobación del Estatuto de la CPI, principalmente, por lo dispuesto en su preámbulo¹⁰⁹.

Una cuestión nada pacífica sobre las infracciones graves del DIH es si los estados están obligados a perseguirlas aun cuando no guarden relación alguna con ellos. Como se indicó anteriormente, desde mi punto de vista no hay duda alguna sobre la confirmación de tal obligación¹¹⁰. Hemos de partir de la idea de que los estados del *locus delicti* son los preferentes para juzgar los crímenes de guerra cometidos en su territorio. Pero no es anormal que muchos de los injustos cometidos hayan sido llevados a cabo con la aquiescencia del Gobierno, o incluso con su participación, lo que conllevará todo tipo de desinterés para investigarlos¹¹¹, debiendo, por lo tanto, terceros estados implicarse en su investigación mediante la jurisdicción universal, entre otros títulos de jurisdicción. Así pues, una interpretación literal de los arts. 49 CGI, 50 CGII, 129 CGIII y 146 CGIV nos conduce a la obligación de instaurar y aplicar la justicia universal¹¹². La presencia del responsable en el territorio del estado que pretende juzgar la comisión de infracciones graves del DIH no es un requisito exigido por los Convenios de Ginebra de 1949, ni por el PAI. Cierta parte de la doctrina considera ne-

¹⁰⁹ El preámbulo del Estatuto de la CPI establece, entre otras cosas que «Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz y seguridad y bienestar de la humanidad, afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia (...)».

¹¹⁰ Cfr. R. O'KEEFE (2009). *Loc. cit.*, pág. 813 y J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007), *loc. cit.*, pág. 19, quien entiende que los Convenios de Ginebra dispensan una justicia universal obligatoria *self-executing*, sin condicionarse a ningún otro título competencial.

¹¹¹ J. JORGE URBINA (2008). *Loc. cit.*, pág. 258.

¹¹² No podemos dejar de lado la interpretación llevada a cabo por JESCHECK sobre los preceptos citados, quien sostuvo que «According to the Geneva Conventions of 1949, signatory States are not only empowered to punish war crimes, but also are obliged to do so, unless the accused is extradited to another signatory State. The duty to punish attaches not only to the States to which the accused owes his allegiance or to the injured State, but to all the signatory States; this duty even extends to neutrals in armed conflict, and exists without regard to the nationality of the perpetrator or victim or the place where the crime took place»; cfr. H. H. JESCHECK (1982), *loc. cit.*, pág. 294 a 297.

cesaria la presencia del responsable¹¹³, otra no¹¹⁴, incluso, se ha sostenido que la aplicación de una jurisdicción universal absoluta conllevaría la persecución *urbi et orbi* de todos los crímenes de guerra, siendo esto ineficaz, irrazonable e inoperante¹¹⁵. En este orden de cosas, considero que la justicia universal implementada en los referidos instrumentos internacionales es absoluta, no requiriéndose la presencia del responsable en el territorio, ni ser esta una *conditio sine qua non* exigida por el Derecho internacional para que se investigue e inicie un procedimiento penal por la presunta comisión de infracciones graves del DIH¹¹⁶. Lo anterior se justifica por lo siguiente:

- a. La finalidad de los referidos tratados no es otra que «respetar y hacer respetar el presente convenio en todas las circunstancias», *ex art. 1*, común a los cuatro Convenios de Ginebra.
- b. Una interpretación lógica y razonable de los Convenios, teniendo en cuenta la finalidad, objeto y fin de los mismos, según establece el art. 31.1. del Convenio de 1969 sobre el Derecho de los tratados, no puede partir del requerimiento de la presencia del responsable en el territorio del estado que pretende juzgarle, toda vez que los convenios no lo requieren en ningún momento. Cuestión distinta será que los estados, en el seno de su legislación, lo incorporen, en cuyo caso, desde mi punto de vista, podrían estar desnaturalizando los convenios meritados.
- c. No hay en el Derecho internacional convencional ni consuetudinario norma alguna que prohíba la denominada jurisdicción universal absoluta¹¹⁷.

¹¹³ M. ABAD CASTELOS (1998), «La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y Chile: un paso adelante para desandar la impunidad», en *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 2, pág. 55 y 56; J. FERRER LLORET (2003), «El principio de justicia universal: su aplicación en España», en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, pág. 54 a 56.

¹¹⁴ Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000). «La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, pág. 197.

¹¹⁵ Cfr. J. JORGE URBINA (2008). *Loc. cit.*, pág. 262; y cfr. J. B. ACOSTA ESTÉVEZ (2007), *loc. cit.*, pág. 22, este autor sostiene que los Convenios de Ginebra sí establecen la persecución *urbi et orbi*.

¹¹⁶ J. JORGE URBINA (2008). *Loc. cit.*, pág. 263; cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 358.

¹¹⁷ Dissenting opinion of Judge V. D. WYNGAERT, *case concerning the Arrest Warrant*, judgment of the International Court Justice of 14 february 2002, párr. 44 del voto

- d. La obligación de «buscar» a los responsables de la comisión de infracciones graves del DIH para hacerlos comparecer ante los tribunales de justicia, que se traduce en la implementación de una jurisdicción obligatoria, es una jurisdicción primaria. La primera obligación del Estado es buscar al responsable, fuera o dentro de su territorio, para posteriormente juzgarlo y, en su defecto, siempre que así lo prefiera, podrá extraditarlo. Lo anterior conlleva que no sea necesaria la presencia del responsable en el territorio en un primer momento, toda vez que la jurisdicción universal instaurada no trae a colación la regla *aut dedere aut iudicare*, sino que se impone antes la obligación de buscar que cualquier otro acto judicial, particularmente, la extradición¹¹⁸.
- e. Por último, de manera indirecta, los convenios inciden en la no necesidad de presencia en el territorio del presunto responsable. En el inciso segundo de los arts. 49 del CGI, 50 del CGII, 129 del CGIII y 146 del CGIV, se dice que «Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra parte contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes». Partiendo de la idea de que los estados parte tienen la obligación de buscar a los responsables de dichos hechos punibles, los Convenios de Ginebra ofrecen a aquellos la posibilidad de entregarlos a otros distintos, con el único requisito de que se hayan formulado cargos suficientes. Como puede apreciarse, se está legitimando la persecución de tales hechos punibles aunque la persona responsable no esté en el territorio, ya que solo se exige la existencia de cargos para solicitar la extradición y, evidentemente, desde que hay cargos contra una persona existe un procedimiento penal contra ella. Por ello, entiendo que para iniciarse un procedimiento penal por la comisión de infracciones graves del DIH, los Convenios de Ginebra no requieren la presencia del responsable en el territorio del estado que pretende juzgarle. En todo caso en el juicio oral sí se requerirá la presencia del imputado.

Si bien es cierto que ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni el PAI establecen unas reglas de competencia a la hora de perseguir las infracciones del DIH, no es menos cierto que pueden seguirse determinados criterios

particular y dissenting opinion of Judges HIGGINS, KOOIJMANS and BUERGHENTAL, *Arrest Warrant*, pto. 45.

¹¹⁸ C. KREß. 2009. «Reflections on the iudicare limb of the grave breaches regime», en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 7, pág. 796.

razonables que ayudarían a solventar posibles conflictos de jurisdicción entre jurisdicciones nacionales, poniéndose en peligro ciertos derechos fundamentales, como el *non bis in ídem*. De todo punto parece lógico que el Estado del *locus delicti* sea el primero en conocer del crimen de guerra, bien por cuestiones procesales, económicas e incluso soberanas (mantenimiento de la seguridad y respeto de las leyes en su territorio). Si tal estado no puede «eficazmente»¹¹⁹ enjuiciar dichos injustos, deberían terceros estados proceder a desarrollar las investigaciones judiciales correspondientes. Considero que en ausencia del Estado del *locus delicti*, los estados que tengan alguna conexión, principalmente de nacionalidad, con las víctimas o con el responsable del crimen de guerra podrían proceder judicialmente contra este, y, en defecto de todo lo anterior, cualquier estado debería juzgar al responsable en aplicación de la justicia universal¹²⁰.

3. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

3.1. TRATAMIENTO DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

El Estatuto de la CPI representa la culminación del Derecho penal internacional y de los crímenes de guerra. La CPI tiene competencia para juzgar los crímenes internacionales contenidos en el art. 5 del ECPI, siempre que se den los requisitos estipulados en los arts. 12 y 13 y el hecho reúna la gravedad suficiente, *ex art. 17.1.d)* del ECPI. De lo contrario, los órganos judiciales nacionales deberían ser los encargados de enjuiciar los crímenes internacionales tipificados en el Convenio de Roma. Lo más destacado del Estatuto de la CPI es la evolución que han sufrido los crímenes de guerra dentro del Derecho internacional, al tratarse como crímenes de guerra *in strictu sensu* violaciones graves del DIH ocasionadas en una

¹¹⁹ Principalmente, el art. 17 del ECPI determina las causas que pueden conllevar que una investigación judicial no sea eficaz, *cf.* X. PHILIPPE (2006), *loc. cit.*, pág. 7 a 11; *cf.* E. ORIHUELA CALATAYUD (2000), «Aplicación del...», *loc. cit.*, pág. 239 y 240, y *cf.* W. A. SCHABAS (2012), *loc. cit.*, pág. 190 y ss.

¹²⁰ J. JORGE URBINA (2008). *Loc cit*, pág. 264 y 265. Así mismo, la praxis seguida por la comunidad internacional a la luz de los instrumentos internacionales aprobados es otorgar, en primer lugar, competencia al Estado del *locus delicti*; en segundo lugar, al de la nacionalidad del responsable; en tercer lugar, al de la nacionalidad de las víctimas, y, en cuarto lugar, a cualquier otro Estado, bien en virtud de la regla *aut dedere aut iudicare* al estar presente en su territorio, o bien sin sujeción a dicha máxima, al instaurarse una jurisdicción universal absoluta –como ejemplo podemos citar el art. 6 de la Convención de 1997 de represión de atentados terroristas con bombas, aunque dicho tratado no consagra la denominada jurisdicción absoluta–.

contienda armada internacional y doméstica. La contribución que tuvo el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 (en adelante, PCPSH) en el Estatuto de la CPI es evidente, ya que la tipificación de los crímenes de guerra del Convenio de Roma se inspiró en el citado proyecto¹²¹. Para que la CPI pueda conocer de los crímenes de guerra es necesario que estos se cometan «como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes», *ex art.* 8.1 del ECPI. De ello se deduce que, en principio, la CPI solo podrá conocer de los crímenes de guerra que alcancen un *status* relevante, ya sea por cometerse a gran escala o por ser parte de un plan o política. En suma, los términos «plan», «política» y «comisión» en gran escala, son elementos objetivos que deben concurrir en el tipo penal¹²². Igualmente, Rodríguez Villasante considera que los crímenes de guerra del Estatuto de la CPI deberían alcanzar un umbral de gravedad suficiente, es decir, no todos pueden ser juzgados por la CPI¹²³. A pesar de ello, el término empleado de «en particular» podría conllevar que la CPI conociese de los crímenes de guerra cuando concudiesen los elementos objetivos del tipo genérico, es decir, un plan, política o comisión a gran escala de los mismos. Incluso, en los supuestos en que tales crímenes sean de gran relevancia, en suma, graves, la CPI podría juzgarlos con base en una interpretación *sensu contrario* del art. 17.1.d) del ECPI, cuando estimase que el asunto resulta de la gravedad suficiente como para no resolver la inadmisibilidad del mismo¹²⁴. El mayor avance del Convenio de Roma es que en este se tipifican crímenes de guerra que pueden cometerse tanto en un conflicto armado internacional como en uno doméstico¹²⁵.

Respecto a los crímenes de guerra enumerados en los apartados c) y e) del art. 8 del ECPI, conviene señalar que estos establecen un concepto de

¹²¹ Cfr. F. PIGNATELLI Y MECA. (2000). «El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra», en *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 75, pág. 229 y ss.

¹²² *Ibid.*, pág. 236.

¹²³ J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (1999). «Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional», Jornadas celebradas del 21 al 23 de junio de 1999 en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, pág. 223 y 224.

¹²⁴ Cfr. F. PIGNATELLI Y MECA (2000). «La sanción...», *loc. cit.*, pág. 235 y 238; cfr. *Situation in Mali art. 53 (1) report*, 16 January 2013, The office of Prosecutor of International Criminal Court, párr. 142 y ss., en donde se analiza la gravedad de los comportamientos investigados por la Fiscalía de la CPI que dan origen a la apertura de la investigación en Malí.

¹²⁵ Esta decisión tuvo su origen en la jurisprudencia del TPIY, cfr. G. WERLE (2005), *loc. cit.*, pág. 445. La crueldad de ciertos comportamientos no podía depender de la naturaleza del conflicto armado, toda vez que lo considerado inhumano en las contiendas internacionales también lo es en las internas.

contienda armada doméstica más amplia que el regulado en el PAII. Este último instrumento internacional exige más requisitos que el Convenio de Roma para considerar una situación concreta como una contienda armada no internacional. En particular, requiere la existencia de un mando responsable que dirija a una de las partes del conflicto y el control sobre una de las partes del territorio, a fin de que puedan desarrollar operaciones militares sostenidas y concertadas, pudiéndose aplicar el PAII. Esta diferencia, a mi juicio, es acertada, ya que la finalidad del Convenio de Roma es otorgar mayor protección a las víctimas de los conflictos armados, ya sean de índole internacional o no, y, por consiguiente, en el caso de que tuvieran que concurrir todos los presupuestos del PAII para considerar un hecho como crimen de guerra de los estipulados en el art. 8.2.c) y e), las víctimas de tales contiendas estarían más desamparadas. De esta forma, al exigirse menos presupuestos que en el PAII, se concede una mayor protección a las personas protegidas en los mismos y, a su vez, se previene mejor la comisión de tales crímenes. Los crímenes de guerra enumerados en el apartado c) y e) del art. 8.2 del ECPI tienen una diferencia importante entre sí, y esta es el ámbito de aplicación de los mismos. Mientras que los crímenes del apartado c) son de aplicación en contiendas no internacionales, quedando fuera las situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar, sin añadirse nada más, en el apartado f) se dispone que «El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a... los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos». Como puede deducirse, en los crímenes tipificados en el apartado e) se exige que el conflicto armado interno sea prolongado, circunstancia que no se exige en los crímenes del apartado c). Lo anterior conlleva que para castigarse un crimen de guerra tipificado en el art. 8.2.e) del ECPI, la contienda armada ha de ser prolongada, sin perjuicio de que mientras no tuviese dicha consideración se hayan podido cometer los crímenes enunciados en el apartado c), que no exigen este «elemento temporal» nuevo¹²⁶.

¹²⁶ Cfr. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (2007). «Ámbito de...», *loc. cit.*, pág. 162. Si acudimos a la jurisprudencia del TPIY podemos afirmar que el término de conflicto prolongado se asimila a la intensidad del conflicto, es decir, a la gravedad de los ataques, aumento de hostilidades, extensión de los ataques en el territorio, incremento de las fuerzas gubernamentales o de los insurgentes, rebeldes, etc., cfr. *Prosecutor v. Limaj et al.*, Trial Chamber, Judgment 30 November 2005, párr. 90. En cualquier circunstancia, habrá que estudiar caso por caso para decidir si una contienda armada es prolongada.

3.2. COMPLEMENTARIEDAD DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES

La creación de la CPI está basada en un ideal de justicia y en la convicción de que ante los crímenes más atroces que preocupan y perjudican a la comunidad internacional, la impunidad es inaceptable¹²⁷, ya que tales crímenes «constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad». La instauración de una CPI permanente no conlleva que los tribunales nacionales dejen de enjuiciar y perseguir a criminales de guerra, toda vez que la competencia que tiene atribuida la CPI es complementaria de las nacionales¹²⁸. Así pues, nos tenemos que preguntar qué significa una jurisdicción complementaria de las nacionales. La respuesta a la pregunta planteada hay que enfocarla teniendo en cuenta la opinión que tenían los estados en el momento en que se estaba discutiendo la creación de la CPI. El principal escollo que se encontró el Comité Especial encargado de la redacción del Estatuto de la CPI, fue que los estados tenían miedo a perder parte de su soberanía, en concreto, el hecho de que un delito cometido en su territorio no pudiera ser juzgado por sus tribunales. Por ello, una de las soluciones que se plantearon fue el de la aprobación de una jurisdicción complementaria, que conlleva que cuando un estado parte no puede, no quiere o está impedido para enjuiciar a un presunto criminal de guerra, la CPI se encargaría de enjuiciarlo. De esta forma se salvaba el problema de la soberanía de los estados, ya que la CPI podría conocer subsidiariamente de tales crímenes, quedando la competencia principal para conocer de estos en los tribunales nacionales; todo ello sin perjuicio de la competencia originaria que tiene la CPI en aplicación del art. 13 del ECPI¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. O. SOLERA (2002). «Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 845; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional», en *Crimen Internacional y jurisdicción Universal, el caso Pinochet*, coordinadores: M. GARCÍA ARÁN, y D. LÓPEZ GARRIDO. Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 257 a 264.

¹²⁸ Cfr. X. PHILIPPE (2006). *Loc. cit.*, pág. 7 y ss., este autor define la complementariedad como aquel principio funcional destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el principal no puede ejercer su primacía de jurisdicción; cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000), «Aplicación del...», *loc. cit.*, pág. 240; el preámbulo del Estatuto de la CPI dispone que «Destacando que la CPI establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (...)».

¹²⁹ Cfr. W. A. SCHABAS (2012). *Loc. cit.*, pág. 168 y ss.; como bien afirma este autor, la CPI será competente para conocer de ciertas situaciones remitidas por el CSNU o por los estados parte, no de casos particulares.

La cuestión de la complementariedad opera como eje transversal del Estatuto de la CPI, estando presente tanto en el preámbulo como en el articulado¹³⁰. La finalidad básica de lo precitado es evitar la impunidad de dichos criminales, al estar sometidos tanto a la justicia nacional como a la de la CPI. El equilibrio entre la soberanía nacional y la competencia de la CPI viene determinada por las reglas relativas a la competencia de la Corte y las cuestiones de admisibilidad de un asunto, así como con la inhibición del fiscal de la CPI a favor de las jurisdicciones nacionales¹³¹. Llegados a este punto, podemos significar que los estados parte no han perdido la capacidad para perseguir determinados crímenes internacionales, en especial los crímenes de guerra, de ahí que el Estatuto de la CPI sea una herramienta más a tenerse en cuenta para la persecución de estos injustos¹³². Ahora bien, la cuestión principal a resolver es si en el Estatuto de la CPI hay algún precepto del cual se desprenda la posibilidad de aplicar la jurisdicción universal. En mi opinión, no. Empero lo precitado, el hecho de que expresamente no se indique nada al respecto no conlleva que implícitamente no se pueda entender cierta obligación de los estados parte para juzgar los crímenes de guerra enumerados en el art. 8 del Estatuto de la CPI. No hay que olvidar que los crímenes de guerra tienen una norma convencional que los regula, imponiendo obligaciones concretas. La mayoría de los convenios internacionales de carácter humanitario prevén la aplicación de la justicia universal, ya sea de forma potestativa u obligatoria, normalmente, cuando el presunto responsable se encuentra en su territorio y no se le extradita. Además, a fin de cumplir con el principio de complementariedad, resulta necesario que los tribunales estatales puedan juzgar todos los crímenes de competencia de la CPI, para que esta no se sature con causas que pueden ser ventiladas en una instancia nacional. Del preámbulo del Estatuto de la CPI¹³³ se puede deducir una serie de compromisos que tienen los estados parte, que se pueden resumir de la siguiente forma:

¹³⁰ C. QUESADA ALCALÁ (2005). *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 316.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 318.

¹³² Cfr. E. ORIHUELA CALATAYUD (2000). «Aplicación del...», *loc. cit.*, pág. 245, esta autora defiende la postura de que la CPI no tendrá un alcance universal, por lo que los estados seguirán teniendo un papel principal en la persecución de los crímenes recogidos en dicho estatuto; además, que la competencia de la CPI no alcanza a todos los hechos punibles que pueden ser perseguidos y castigados mediante la justicia universal.

¹³³ Parte de dicho preámbulo dispone que «Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo, y que a tal fin hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia... Recordando que es deber de todo estado ejercer su jurisdicción penal contra los respon-

- a. Reconocimiento de que los crímenes internacionales enumerados en el Estatuto de la CPI no pueden quedar sin castigo.
- b. Adopción de medidas de carácter doméstico para someter a la justicia a los presuntos responsables de crímenes internacionales; entre dichas medidas, es lógico pensar que se encuentre la facultad, y obligación cuando el responsable se encuentre en su territorio y no se le extradite, de juzgarlo en aplicación de cualquier título jurisdiccional aplicable, entre ellos el de justicia universal.

Todos los compromisos enunciados nos conducen a pensar que los estados parte deberían juzgar los crímenes de guerra enumerados en el art. 8 del ECPI, cuando la CPI no proceda a ello, por lo que aquellos tendrán que tener tipificados estos hechos punibles en su legislación penal y deberán haber dotado a sus tribunales de competencia suficiente para juzgarlos, aun cuando no haya conexión alguna entre el crimen y el estado que pretende juzgar el mismo¹³⁴.

4. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDAS SOBRE LA PERSECUCIÓN UNIVERSAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS DURANTE UNA CONTIENDA ARMADA NO INTERNACIONAL QUE CONSTITUYAN VIOLACIONES GRAVES DEL DIH

Actualmente, las principales contiendas armadas son de índole doméstica, es decir, se trata de conflictos armados internos. Esta circunstancia conlleva un grave problema, toda vez que el sistema de eficacia del DIH instaurado en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el art. 85 del PAI no cubre las violaciones graves del DIH que se cometan en los conflictos armados domésticos. En síntesis, el principio de justicia universal obligatoria no rige en las contiendas armadas domésticas, por lo que las atrocidades que se cometan en el desarrollo de la misma solo podrán ser juzgadas por los tribunales del Estado territorial del *locus delicti*, por otros tribunales

sables de crímenes internacionales... y destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales...».

¹³⁴ Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la Ley núm. 26.200, de 13 de diciembre del 2006 de la República de la Argentina, por la que se implementa el Estatuto de la CPI, y la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* de 29 de junio de 2000 del Estado de Canadá.

extranjeros en virtud del principio de personalidad, por los tribunales penales internacionales que se puedan instaurar para reprimir dichos comportamientos punibles y por la Corte Penal Internacional¹³⁵. Una excepción a lo anterior es el caso de que los estados se atribuyan una jurisdicción universal facultativa para reprimir dichas violaciones graves del DIH¹³⁶.

Durante mucho tiempo se consideró que los crímenes de guerra solo podían cometerse en conflictos armados internacionales¹³⁷, ya que ni el art. 3, común a los Convenios de Ginebra ni el PAII establecían una jurisdicción universal para perseguir las violaciones graves del DIH. Incluso, se dudó de que pudiera derivarse de la violación de estos instrumentos internacionales algún tipo de responsabilidad penal¹³⁸. Todo lo antedicho ha cambiado, reconociéndose sin mayores problemas que la violación del art. 3 común y de ciertos preceptos del PAII acarrear la correspondiente responsabilidad penal¹³⁹, y aún más, esas violaciones graves del DIH serán consideradas crímenes de guerra. En cualquier caso, es preciso distinguir entre responsabilidad penal, jurisdicción y sanción penal, ya que, a mi juicio, es evidente que la violación del art. 3 común y de algunas disposiciones del PAII pueden ocasionar la responsabilidad penal, al ser hechos punibles en la mayoría de legislaciones penales. Lo que no es tan claro o evidente es qué tipo de jurisdicción puede aplicarse para juzgar estos injustos, así como el castigo que debe imponerse a los responsables. La consagración como crimen de guerra de las violaciones graves del art. 3 común y del PAII se produjo con la aprobación del Estatuto de la CPI, en cuyo art. 8.2 se tipifican crímenes de guerra cometidos en contiendas armadas domésticas. Sin embargo, no podemos olvidar la importancia del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR), ya que fue la primera norma penal internacional que tipificaba dichos in-

¹³⁵ E. LA HAYE (2008). *War crimes in internal armed conflicts*. Nueva York, Cambridge University Press, pág. 216.

¹³⁶ La jurisdicción universal facultativa deberá estar fundamentada en una norma de Derecho internacional, convencional o consuetudinaria, que no prohíba la extensión de la ley penal doméstica y, a su vez, también deberá existir una norma internacional permisiva que permita aplicar dicha ley en el extranjero, todo ello con base en la sentencia del caso Lotus del año 1927. La norma permisiva de Derecho internacional que permite actuar a los estados para reprimir los comportamientos prohibidos en el art. 3, común de los Convenios de Ginebra, es el art. 49.3.º del GI, precepto que faculta a los estados a adoptar cualquier medida para hacer cesar dichas violaciones del DIH.

¹³⁷ G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 130.

¹³⁸ T. MERON (1995). «International Criminalization of Internal Atrocities», en *American Journal of International Law*, vol. 89, pág. 559.

¹³⁹ *Ibid.*, pág. 561.

justos¹⁴⁰. Ciertamente, no todos los comportamientos que son punibles en una contienda armada internacional son sancionables en una doméstica, por lo que no podemos realizar una trasportación total de los crímenes de guerra cometidos en un CAI a los llevados a cabo en una CANI¹⁴¹. Empero lo antedicho, los tribunales penales internacionales *ad hoc* en ocasiones han manifestado que las normas fundamentales de los CAI pueden aplicarse en una contienda doméstica¹⁴²; en mi opinión, se refieren a las normas de *ius cogens*.

4.1. EL ART. 3, COMÚN A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949

Como primera aproximación, conviene analizar las normas convencionales aplicables en los conflictos armados internos. El punto de partida lo constituye el art. 3, común a los Convenios de Ginebra, el cual resulta esencial a la hora de comprender el actual DIH¹⁴³, ya que en este se recogen los principios básicos y elementales del Derecho internacional humanitario, aquellas normas primarias que deben ser respetadas en todo momento. El meritado art. 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949, tiene un ámbito de aplicación limitado, ya que solo protege a un número determinado de personas y solo es de aplicación cuando se cometen unos comportamientos muy tasados, los cuales han de ser graves¹⁴⁴. Con respecto al ámbito de aplicación personal, el mismo es amplio, ya que protege a la población civil y a las personas que han depuesto las armas o están fuera de combate, incluidos los detenidos, llegando a sostenerse que en caso de duda sobre la condición de una persona se la tendrá que considerar civil y por ende sujeta al referido art. 3 común¹⁴⁵. En síntesis, este precepto protege a aquellas personas que están contempladas en el sistema de infracciones

¹⁴⁰ Cfr. G. METTRAUX (2005). *loc. cit.*, pág. 131; cfr. E. LA HAYE (2008), *loc. cit.*, pág. 317 y 318.

¹⁴¹ Cfr. *Prosecutor v. Hadzihasanovic*, IT-01-47-AR72, decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility 16 July 2003, párr. 12; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 131.

¹⁴² Cfr. *Prosecutor v. Celebici case*, IT-96-21-A, appeal judgment 20 February 2001, párr. 161; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 132.

¹⁴³ J. S. PICET (1952). *Commentary Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field*. Geneva, International Committee of the Red Cross, pág. 38; este autor llega a afirmar que el art. 3, común a los convenios de Ginebra es uno de los preceptos más importantes de los referidos convenios.

¹⁴⁴ Cfr. G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 138.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pág. 136.

graves del DIH, así como a las personas protegidas por el PAII¹⁴⁶. La Corte Internacional de Justicia se refirió al art. 3 común, como aquellas «consideraciones elementales de humanidad»¹⁴⁷. Este precepto básico¹⁴⁸ podemos afirmar que forma parte del Derecho consuetudinario¹⁴⁹, constituyendo una norma de *ius cogens* y eficacia *erga omnes*, por la materia y valores que regula, afectando a la comunidad internacional su correcta aplicación. La trasgresión del art. 3 común, puede constituir una violación de las leyes y usos de guerra, en definitiva, de un crimen de guerra de carácter consuetudinario. El TPIY en el caso Tadic afirmó que la costumbre internacional impone la responsabilidad criminal por las violaciones graves del art. 3 común¹⁵⁰. La labor del TPIY en el análisis del citado art. 3 y de su aplicación en los conflictos internos ha sido muy importante¹⁵¹. Pero más importante todavía ha sido el estudio de cómo ciertos principios del DIH, aplicables en contiendas armadas internacionales, también son de aplicación en las no internacionales. Nos referimos a la prohibición de atacar a la población civil, el respeto del principio de distinción y el respeto de las personas que no participan directamente en las hostilidades.

4.2. VIOLACIONES GRAVES DEL PAII

Aparte de los quebrantamientos del art. 3, común a los Convenios de Ginebra, existen otra serie de injustos constitutivos de violaciones graves del DIH. Estas violaciones graves se encuentran actualmente tipificadas en el art. 8.2.c) y e) del Estatuto de la CPI. Normalmente, las violaciones graves del PAII pueden ser perseguidas universalmente por cualquier es-

¹⁴⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Judgment 2 September 1998, párr. 629.

¹⁴⁷ *Nicaragua v. United States of America*, case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, sentencia de la CIJ de 26 de noviembre de 1984, párr. 218.

¹⁴⁸ Cfr. G. METTRAUX (2005). *Loc. cit.*, pág. 134; el TPIR ha sostenido que tal artículo forma una especie de convención en miniatura que debe ser observada en todo momento por los estados, cfr. *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Trial Judgment 21 May 1999, párr. 165.

¹⁴⁹ EVE LA HAYE (2008). *Loc. cit.*, pág. 52; y M. PÉREZ GONZÁLEZ (2006), «La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho internacional humanitario», en *Foro Nueva Época*, núm. 4, pág. 16; *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment ICTR-96-4-T, de 2 de septiembre de 1998, párr. 608.

¹⁵⁰ *Prosecutor v. Tadic*, decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 134.

¹⁵¹ El TPIY confirmó su posición sobre el significado del art. 3, común de los Convenios de Ginebra en el caso *Prosecutor v. Celebici case*, IT-96-21-A, Appeal Judgment 20 february 2001, párr. 153 a 174.

tado, eso sí, de forma facultativa, no obligatoria. Lo anterior se debe a que determinados preceptos del PAII son normas de *ius cogens* y eficacia *erga omnes*. Aun así, la naturaleza consuetudinaria del PAII en su conjunto no ha sido confirmada actualmente por ningún tribunal internacional, siendo además debatida¹⁵². Sin embargo, el TPIR, en el caso Akayesu, afirmó que si bien la totalidad del PAII todavía no había alcanzado el *status* de norma consuetudinaria, no era menos cierto que existían algunas normas del mismo que sí podían haber cristalizado en Derecho consuetudinario¹⁵³. Dentro de estas normas de naturaleza consuetudinaria, se regulan ciertos principios básicos del DIH, tales como el de dignidad humana, el respeto del principio de distinción y la prohibición de atacar a la población civil. El TPIR afirmó que el art. 4 del PAII formaba parte del Derecho consuetudinario¹⁵⁴. El precepto citado evidencia la clara influencia que tiene en el DIH el denominado Derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH), ya que en aquel se incorpora una serie de derechos esenciales que aparecen contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP). Tales derechos solo surtirán efecto entre aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas. En el caso de los combatientes, evidentemente, no regirán. De igual forma, puede advertirse una clara influencia del art. 3, común de los Convenios de Ginebra, en el art. 4 del PAII, aunque puede apreciarse que la lista de actos prohibidos es más amplia en el PAII que en el art. 3, común¹⁵⁵, lo que denota el progreso del DIH en esta materia. Los actos que se prohíben, en toda circunstancia, en relación a las personas protegidas por el art. 4 del PAII, podemos afirmar que la gran mayoría de ellos constituyen infracciones punibles en las legislaciones penales nacionales. Además, los valores que se protegen en el art. 4 del PAII son esenciales, al afectar a la dignidad humana, sobre todo, en relación a aquellas personas que no participan en las hostilidades. A la vista de lo anterior, no sería extraño afirmar que la violación del contenido del art. 4 del PAII constituya una violación grave del DIH. A mayor abundamiento, la mayoría de los actos prohibidos en el artículo citado aparecen

¹⁵² E. LA HAYE (2008). *Loc. cit.*, pág. 53.

¹⁵³ *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment ICTR-96-4-T, Trial Judgment 2 September 1998, párr. 609; cfr. G. METTRAUX (2005), *loc. cit.*, pág. 139, quien defiende que varios preceptos del PAII son normas consuetudinarias en esencia.

¹⁵⁴ Cfr. M. PÉREZ GONZÁLEZ (2006). «La protección...», *loc. cit.*, pág. 17.

¹⁵⁵ J. S. PICET (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva, International Committee of the Red Cross, pág. 1368 y 1372.

tipificados en el art. 8.2.c) y e) del ECPI, por lo que constituyen también crímenes internacionales, en concreto, crímenes de guerra.

También hay otras disposiciones del PAII que en mi opinión pueden haber alcanzado el *status* de Derecho consuetudinario. Me refiero a los arts. 6 y 13 del PAII, los cuales establecen unas garantías mínimas exigibles para respetar a las personas privadas de libertad, a los acusados por infracciones del PAII y a la población civil. El art. 6 del PAII también tiene una clara influencia del DIDH y está previsto, en parte, en el art. 8.2.c). iv) del ECPI, por lo que entiendo que pudiera ser considerado Derecho consuetudinario, ya sea por los valores que protege o por los instrumentos internacionales en los que también se recogen estas garantías penales, básicas en cualquier legislación.

Con respecto a las violaciones graves del DIH cometidas en contiendas armadas internas y relacionadas con el principio de distinción, conviene indicar que el mismo es una de las piezas angulares del DIH. Es la piedra angular sobre la cual se vertebra uno de los principios más elementales de dicha rama del Derecho internacional, a saber, la protección de la población civil frente a las contiendas armadas y las hostilidades que se derivan de la misma. La única forma existente para que la población civil pierda su protección es que participen directamente en las hostilidades. Por desgracia, la población civil normalmente suele ser objeto de numerosos ataques, convirtiéndose en uno de los principales objetivos de las partes en contienda¹⁵⁶. En la práctica, aquellos estados que han sufrido un conflicto armado interno normalmente han asegurado que no se ha atacado a la población civil, por lo que en cierta forma dicha aseveración podría considerarse como una *opinio iuris* del Estado¹⁵⁷. Ello demuestra que las partes en conflicto en

¹⁵⁶ Cfr. E. LA HAYE (2008). *Loc. cit.*, pág. 57.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pág. 58. En la Guerra Civil española las partes en conflicto negaron en todo momento que ellos hubiesen atacado a la población civil; en el conflicto de Nigeria ocurrió un tanto de lo mismo, al igual que en el conflicto de Chechenia. Esto nos demuestra que las partes en conflicto se sienten obligadas a cumplir con lo dispuesto en el art. 13 del PAII; cfr. *Prosecutor v. Tadic*, decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 101 y 102. Durante el conflicto armado existente en el Congo en los años 1964 y siguientes el Gobierno legítimo del país se obligó a cumplir los principios básicos del DIH derivados de los Convenios de Ginebra, en concreto, la protección de la población civil; durante la contienda armada ocurrida en Nigeria a mediados de los años sesenta, el gobierno del país promulgó la norma *operational code of conduct for nigerian armed forces*, en donde se indicó que las Fuerzas Armadas estaban obligadas a respetar las normas de los Convenios de Ginebra y a cumplir el principio de respetar a la población civil durante las acciones armadas. En la contienda acaecida en Uganda, en el año 1986, también se promulgó un código de conducta militar que tenían que observar las Fuerzas Armadas del país, relativo a la disciplina militar y al debido comportamiento hacia la población civil (prohibición de cualquier abuso,

una contienda armada interna se sienten obligadas a cumplir lo establecido en el art. 13 del PAII.

De otra parte, las resoluciones emanadas de los distintos órganos internacionales también nos orientan a entender la obligación de cumplir con la norma de no atacar a la población civil. La Asamblea de la Sociedad de Naciones en el año 1938, a consecuencia de la guerra civil española y de la chino-japonesa, aprobó unánimemente una resolución que indicaba que el bombardeo intencional de la población civil era ilegal, que los objetivos visualizados desde el aire deben ser militares e identificables y que cualquier ataque sobre objetivos legítimos militares debe ser llevado de tal manera que la población civil situada en las cercanías no sea bombardeada por negligencia¹⁵⁸. El CSNU, en relación a los conflictos armados internos, en numerosas ocasiones se ha pronunciado sobre la obligación que tienen las partes en conflicto de respetar los principios básicos del DIH¹⁵⁹, condenando ciertos actos que han considerado y calificado como serias violaciones del DIH, que son los siguientes: prohibición de ataques indiscriminados contra la población civil; ataques sobre el personal de Naciones Unidas, así como sobre objetivos no militares, y ataques sobre áreas seguras y ciudades indefensas. Así pues, podemos afirmar que la posición del CSNU es uniforme y general, condenando los ataques sobre la población civil¹⁶⁰ y calificando tales injustos como graves violaciones del DIH que conllevan responsabilidad penal. Desde mi punto de vista, resulta de vital importancia la apreciación que efectúa el CSNU sobre las consecuencias que se derivan de los ataques a la población civil, ya que estos pueden constituir una amenaza para la paz y la segu-

insulto, maltrato, asesinato...). Code of Conduct for the National Resistance Army, *Legal Notice*, n.º 1 of 1986, de 7 de abril de 1987.

¹⁵⁸ League of Nations, *Official Journal Spec. Supp.* 183, 1938, pág. 135 y 136; *Prosecutor v. Tadic*, decision of the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction del TPIY, 2 October 1995, párr. 101; E. LA HAYE (2008), *loc. cit.*, pág. 64.

¹⁵⁹ Las resoluciones del CSNU son numerosas, podemos citar en relación al conflicto de la antigua Yugoslavia las siguientes: Res. 769 del CSNU de 7 de agosto de 1992, Res. 770 del CSNU de 13 de agosto de 1992, Res. 802 del CSNU de 25 de enero de 1993 y Res. 1009 del CSNU de 10 de agosto de 1995; en el conflicto de Ruanda la Res. 912 del CSNU de 21 de abril de 1994, Res. 935 del CSNU de 1 de julio de 1994; del conflicto de Somalia la Res. 794 del CSNU de 3 de diciembre de 1993; del conflicto de Liberia la Res. 950 de 21 de abril de 1994, la Res. 1001 de 30 de junio de 1995; del conflicto de Angola la Res. 804 de 29 de enero de 1993, la Res. 1237 de 7 de mayo de 1999; del conflicto de Afganistán la Res. 1193 de 28 de agosto de 1998, la Res. 1214 de 8 de diciembre de 1998, entre otras.

¹⁶⁰ Cfr. E. LA HAYE (2008). *Loc. cit.*, pág. 63; la Resolución 1894 (2009) de 11 de noviembre del CSNU, en donde se exige que las partes en un conflicto armado –sin concretar si tiene que ser internacional o basta que sea interno– tienen el deber de proteger y respetar a la población civil.

ridad internacional¹⁶¹. Esto nos demuestra que las prohibiciones establecidas en el art. 13 del PAII, las cuales están tipificadas como crímenes de guerra en el art. 8.2.e) i) del ECPI, protegen valores supranacionales que afectan a la comunidad internacional en su totalidad. También la AGNU se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la protección que se tiene que dispensar a la población civil en caso de una contienda armada interna. La AGNU, en la resolución 2444 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, indicó que «está prohibido lanzar ataques contra la población civil como tal». Del mismo modo, en la resolución 2675 (XXV), de 9 de diciembre de 1970, afirmó que «las poblaciones civiles como tales no deberán ser objeto de operaciones militares». Como puede observarse, ya desde antes de la aprobación del PAII la AGNU entendía que en el desarrollo de los conflictos armados internos se tenían que respetar una serie de normas esenciales cuya finalidad es salvaguardar a la población civil del flagelo de las hostilidades. Además del CSNU y de la AGNU, el secretario general de las Naciones Unidas también ha condenado en numerosas ocasiones los ataques producidos contra la población civil en el seno de una contienda armada doméstica, como ocurrió en los conflictos de Ruanda, Kosovo, Sierra Leona y Sudán¹⁶².

Los tribunales penales internacionales *ad hoc* también se han pronunciado sobre estas cuestiones. El TPIY, en el caso Kupreskic, indicó que la protección de los civiles en tiempos de guerra, ya sea por una contienda internacional o interna, constituye la piedra angular del actual Derecho humanitario¹⁶³. En el caso Blaskic sostuvo que hay una prohibición absoluta en el Derecho internacional consuetudinario de atacar a la población civil¹⁶⁴. A mayor abundamiento, el TPIY, en el caso Struga, afirmó que no había dudas de que el art. 51 y 52 del PAI y el art. 13 del PAII constituían una reafirmación y reformulación de la existencia de ciertas normas de Derecho internacional consuetudinario que prohíben los ataques sobre personas y bienes civiles¹⁶⁵. A mi juicio y con base en todo lo precitado,

¹⁶¹ Res.1894 (2009) de 11 de noviembre del CSNU, párr. 3.

¹⁶² Cfr. UN Doc. S/1994/640 de 31 de mayo; UN Doc. S/1994/1125 de 4 de octubre, en relación al conflicto de Ruanda; UN Doc. S/1998/834 de 4 de septiembre y UN Doc. S/1999/779 de 12 de julio en relación al conflicto de Kosovo; UN Doc. S/1998/836 de 30 de julio en relación al conflicto de Sierra Leona, y Un Doc. S/2004/947 de 3 de diciembre, en relación al conflicto del Sudán.

¹⁶³ *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16-T, Trial Judgment 14 January 2000, párr. 521.

¹⁶⁴ *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-A, Appeal Judgment 29 July 2004, párr. 109.

¹⁶⁵ *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-PT, Trial Chamber decision on defence preliminary motion challenging jurisdiction, 7 June 2002, párr. 21; confirmada posteriormente por la Appeal Chamber decision on interlocutory appeal de 22 de noviembre del 2002, IT-01-42-AR72, párr. 10.

podemos afirmar que el art. 13 del PAII ha alcanzado el *status* de norma consuetudinaria.

4.3. JURISDICCIÓN UNIVERSAL FACULTATIVA SOBRE LAS VIOLACIONES GRAVES DEL DIH COMETIDAS EN UN CONFLICTO ARMADO INTERNO

Como hemos indicado anteriormente, la jurisdicción universal obligatoria no rige en las violaciones graves del DIH acaecidas en contiendas armadas domésticas. Sin embargo, los estados están facultados para enjuiciar dicho injustos¹⁶⁶. Los argumentos para sostener esta posición son los siguientes:

- a. Los derechos humanos en liza son idénticos tanto en un conflicto internacional como en uno interno, no pudiéndose dar una mayor protección a la vida en el seno de una contienda armada internacional que en una doméstica, ya que el DIDH no hace distinción alguna entre los conflictos armados existentes.
- b. Los derechos que preserva el DIH en relación a la población civil, en su mayoría, son normas de *ius cogens*, por lo que tienen que ser cumplidas irrevocablemente. Asimismo, las obligaciones que se desprenden de las mismas son *erga omnes*, todo ello hace pensar que la jurisdicción universal facultativa para perseguir dichos comportamientos es posible y recomendable.

¹⁶⁶ G. WERLE (2005). *Loc. cit.*, pág. 440; A. CULLEN (2008), *loc. cit.*, pág. 444; *Prosecutor v. Dusko Tadic*, decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 80. El TPIY sostuvo que el sistema de justicia universal obligatorio no era de aplicación a los conflictos armados internos, pero con respecto a otro tipo de jurisdicción «no obligatoria» dejó las puertas abiertas. Este hecho es relevante, toda vez que en virtud del art. 8 del Estatuto del TPIR los tribunales nacionales tenían jurisdicción para conocer de las violaciones graves del DIH cometidas en Ruanda en un determinado período de tiempo (único requisito impuesto, sin hacer mención alguna a la nacionalidad de la víctima o del responsable penal, así como del lugar de comisión del hecho punible); cfr. M.^a D. BOLLO AROCENA (2004), *loc. cit.*, pág. 382; M. BOTHE (1994), «War crimes in non international armed conflicts», en *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 24, pág. 247; C. MEINDERSMA (1995), «Violations of Common Article 3 of the Geneva Conventions as Violations of the Laws or Customs of War under Article 3 of the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», en *Netherlands International Law Review*, vol. XLII, pág. 375 y ss.; aunque el TPIY apuntó ciertos elementos que podían originar un cambio en dicha afirmación, en el sentido de que la costumbre internacional podría conllevar que el sistema de represión universal obligatoria de los Convenios de Ginebra fuese de aplicación a los conflictos armados internos, cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 83.

- c. La justicia universal se aplica a comportamientos punibles que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de la comunidad internacional, entre los que estarían incluidos las violaciones graves del DIH cometidas en contiendas armadas domésticas.
- d. La resolución del CSNU por la que se aprobó el TPIR es muy importante¹⁶⁷, ya que contempló la jurisdicción concurrente, indicándose que los tribunales nacionales tendrían jurisdicción para enjuiciar a las personas que hubiesen cometido violaciones graves del DIH en el territorio de Ruanda, encontrándose entre estas el quebrantamiento del art.3, común de los convenios de Ginebra y del PAII. Esto hace presumir que la intención del CSNU fue que los tribunales nacionales considerasen como crímenes internacionales dichos comportamientos, pudiendo ser reprimidos mediante la jurisdicción universal.
- e. Es una obligación de los estados el reprimir las violaciones del art. 3, común, en virtud de lo dispuesto en el art. 1 de los Convenios de Ginebra de «respetar y hacer respetar el convenio en todas las circunstancias», el cual es de aplicación a los conflictos no internacionales, tal y como indicó la CIJ en el caso Nicaragua¹⁶⁸.

Hemos de recordar que durante la elaboración de los Convenios de Ginebra los estados se negaron a regular un sistema de represión penal universal en relación a las infracciones graves del DIH cometidas en un conflicto interno, ya que ello podría conllevar una intromisión ilegítima en la soberanía estatal, de ahí que surgiese la creación del art. 3, común, precepto que intentó paliar los defectos normativos relativos a las contiendas armadas domésticas¹⁶⁹. Las violaciones graves del DIH en los conflictos armados internos no fue criminalizada, a diferencia de las cometidas en una contienda internacional¹⁷⁰. Sin embargo, si efectuamos una lectura pausada del contenido del art. 3, común, y de los arts. 4, 6 y 13 del PAII, podemos observar que el contenido básico de estos aparece contemplado en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional I, así como en la mayoría de legislaciones penales, en donde se castigan tales

¹⁶⁷ Cfr. T. MERON (1995). «International Criminalization...», *loc. cit.*, pág. 555.

¹⁶⁸ *Nicaragua v. United States of America*, case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, sentencia de la CIJ de 26 de noviembre de 1984, párr. 114; cfr. T. MERON (2006), «The humanization of international law...», *loc. cit.*, pág. 126.

¹⁶⁹ R. CRYER *et al.* (2008). *Loc. cit.*, pág. 227; cfr. T. MERON (1995), «International Criminalization...», *loc. cit.*, pág. 554.

¹⁷⁰ R. CRYER *et al.* (2008). *Loc. cit.*, pág. 230.

conductas. En virtud de todo esto no podemos aplicar una interpretación restrictiva y limitada de los convenios de DIH, todo lo contrario, muchas de las normas referidas a los conflictos armados internos son actualmente parte del Derecho consuetudinario, derivándose de ello la posibilidad de que los estados se atribuyan una jurisdicción universal, a fin de reprimir estos injustos. Los Convenios de Ginebra imponen una obligación a las partes para reprimir penalmente las infracciones graves del DIH, de esto no hay duda alguna¹⁷¹. Pero con respecto al resto de violaciones no hay un mandato explícito, se deja a la voluntad de las partes el castigar o hacer cesar dichas violaciones¹⁷², se origina un derecho de los estados a castigar dichas violaciones graves del DIH que no son infracciones graves del DIH, como ocurre con el art. 3 común. Que los convenios de Ginebra no digan nada al respecto, no implica que los estados no puedan atribuirse jurisdicción universal para castigar las violaciones graves del DIH, ya que dicha medida no contravendría el Derecho internacional, estaríamos hablando de una jurisdicción facultativa en todo caso¹⁷³.

La jurisdicción universal es de aplicación excepcional, por lo que solamente puede aplicarse para crímenes internacionales y ciertos delitos internacionales que perjudican a la comunidad internacional. Las violaciones graves del DIH cometidas en conflictos armados internos ponen en peligro, amenazan y perjudican a la comunidad internacional, de ahí que no deba resultar extraño la posibilidad de que los estados se atribuyan competencia universal para enjuiciar estos crímenes. Evidentemente, este tipo de jurisdicción debe ser subsidiaria respecto de la competencia territorial que debe aplicar el Estado en donde se han cometido dichos hechos punibles, pero en el supuesto en que los mismos no sean perseguidos por cualquier circunstancia, terceros estados pueden y deberían perseguirlos. La legitimación para perseguirlos deberá estar contemplada en la legislación interna, ya que actualmente solamente la Convención de Nueva York de 1994 sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y del Personal asociado, y el Protocolo II a la Convención sobre protección de bienes culturales de 1954, prevén la justicia universal para unas concretas violaciones del DIH en conflictos armados internos, significándose que la justicia universal contemplada sería territorial, es decir, resultaría necesario la presencia del responsable en el

¹⁷¹ M.^a D. BOLLO AROCENA (2004). *Loc. cit.*, pág. 381.

¹⁷² T. MERON (1995). «International Criminalization...», *loc. cit.*, pág. 564.

¹⁷³ Como apuntó el Juez RÖLING, una de las principales diferencias entre las infracciones graves del DIH y aquellas otras que no lo son es que las primeras obligan a los estados a reprimirlas, y las segundas solo conllevan una facultad o potestad para ello, cfr. B. V. A. RÖLING (1960), *loc. cit.*, pág. 342.

territorio. No hay precepto alguno en ningún convenio que expresamente contemple la justicia universal para enjuiciar crímenes de guerra cometidos en contiendas domésticas. La aprobación del Estatuto de la CPI constituye el principal medio para reprimir universalmente las violaciones graves del DIH cometidas en un CANI, ya que en el art. 8.2.c) y e) se tipifican determinados crímenes de guerra cometidos en contiendas armadas internas, los cuales, al considerarse la CPI como complementaria de las nacionales, deberán estar tipificados a su vez en las legislaciones internas, a fin de que puedan ser perseguidos por los tribunales nacionales. El referido principio de complementariedad sería, en mi opinión, un mecanismo que facultaría a los estados a extender su ley penal a las violaciones graves del DIH cometidas en un CANI, respetándose así el Derecho internacional. Esta circunstancia, desde mi punto de vista, constituye una de las principales razones por la que podemos justificar la necesidad de que las legislaciones nacionales atribuyan competencia extraterritorial a sus tribunales para juzgar tales hechos, principalmente, entiendo que debería incluirse la jurisdicción universal. Como se ha indicado en otros apartados, el cumplimiento del DIH no depende exclusivamente de los tribunales internacionales, estos no pueden sustituir a los tribunales estatales, que son quienes tienen la competencia primaria para juzgar tales violaciones graves del DIH¹⁷⁴. En cumplimiento de lo dispuesto en el preámbulo del ECPI, y a fin de homogeneizar la legislación penal interna del Estado con lo dispuesto en dicho estatuto, se han aprobado por los estados parte numerosas leyes que implementan los crímenes de guerra contemplados en el Convenio de Roma dentro de su ordenamiento jurídico, atribuyéndose, incluso, una jurisdicción universal, normalmente con base en el *iudex apprehensionis*. A modo de ejemplo, Nueva Zelanda¹⁷⁵, Suráfrica¹⁷⁶, Australia¹⁷⁷, Trinidad y Tobago¹⁷⁸, Canadá¹⁷⁹, Filipinas¹⁸⁰ o Alemania¹⁸¹ han

¹⁷⁴ T. MERON (1995). «International Criminalization...», *loc. cit.*, pág. 555.

¹⁷⁵ New Zeland International Crimes and International Criminal Court Act 2000, Section 8.1.c).

¹⁷⁶ Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002, Chapter 2 Article 4 (3): Jurisdictions of South African courts and institution of prosecutions in South African Courts in respect of crimes.

¹⁷⁷ Australian, International Criminal Court Act 2002, que conllevó la modificación del Criminal Code Act 1995, Section 268.117: Geographical Jurisdiction: Section 15.4.

¹⁷⁸ Trinidad y Tobago, International Criminal Court Act 2006, Section 8.1.c).iii.

¹⁷⁹ Canada, Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000, Section 8.b).

¹⁸⁰ Republic Act of Philippines n.º 9851 An Act Defining And Penalizing Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide And Other Crimes Against Humanity, Organizing Jurisdiction, Designating Special Courts, And For Related Purposes 2009, Section 17.

¹⁸¹ Código Penal Internacional alemán (Völkerstrafgesetzbuch, VStGB), art. 1.

aprobado leyes que incorporan los crímenes de guerra del art. 8.2 del ECPI a su ordenamiento penal, pudiendo enjuiciarlos, incluso, en algunos casos, no estando presente el responsable dentro del territorio.

Los crímenes de guerra de los que podría conocer un estado en aplicación de la justicia universal facultativa serían los contemplados en el art. 8.2.c) y e) del ECPI, toda vez que las normas internacionales que prohíben dichos comportamientos han alcanzado el *status* de *ius cogens*, teniendo una eficacia *erga omnes*¹⁸². Ahora bien, la jurisdicción universal facultativa propuesta para las violaciones graves del DIH cometidas en un conflicto armado interno entiendo que debería estar sujeta a ciertos requisitos, como, por ejemplo, que no exista procedimiento penal alguno en curso en el territorio en donde se cometió el hecho punible, en el territorio de la nacionalidad de alguna de las víctimas o del responsable del crimen, o en un tribunal penal internacional. Dicho proceso penal debe ser efectivo, imparcial y no estar sujeto a un fraude de ley, es decir, con la finalidad de buscar la impunidad del responsable. Así mismo, resultaría necesaria la presencia del responsable antes de la vista oral o juicio, sin perjuicio de que se pudieran desarrollar ciertas actuaciones judiciales sin la presencia del responsable¹⁸³.

5. CONCLUSIONES

- i. Hemos de diferenciar las infracciones graves del DIH, las violaciones graves del DIH y otras contravenciones del DIH. Las dos primeras deben reprimirse penalmente, mientras que las últimas pueden ser objeto de reproche disciplinario.
- ii. Las infracciones graves y las violaciones graves del DIH son crímenes de guerra, mientras que las contravenciones del DIH no lo serían.
- iii. Solamente las infracciones graves del DIH están sujetas al principio de justicia universal obligatoria instaurado en los Convenios de Ginebra de 1949.
- iv. La jurisdicción universal de dichos convenios es obligatoria, absoluta, primaria y concurrente.
- v. Las violaciones graves del DIH podrían ser perseguidas bajo el principio de justicia universal facultativo. En cuanto a las cometi-

¹⁸² G. WERLE (2005). *Loc cit*, pág. 447.

¹⁸³ Cfr. A. CASSESE (2003). *Loc. cit.*, pág. 593.

das en el seno de una contienda armada no internacional, tampoco habría inconveniente alguno, dada la naturaleza consuetudinaria de ciertos preceptos del PAII relativas a las violaciones graves del DIH.

- vi. El principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional es un mecanismo idóneo para que los estados parte se atribuyan jurisdicción universal para perseguir los crímenes de guerra tipificados en el Convenio de Roma.
- vii. Para aplicarse la justicia universal facultativa sería necesario que el Estado del *locus delicti* u otros preferentes no estén conociendo de los crímenes de guerra cometidos. Así mismo, sería necesaria la presencia del responsable en el estado que ejerce su jurisdicción antes de iniciarse el juicio oral.