

## LOS CRÍMENES DE GUERRA EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

(presentado por el doctor Jorge Palacios Treviño)

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) esta integrado, principalmente, por el derecho internacional consuetudinario y los siguientes tratados internacionales:

- I. El Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña;
- II. El Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar;
- III. El Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra;
- IV. El Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, todos del 12 de agosto de 1949;
- V. El Protocolo Adicional I a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales;
- VI. El Protocolo Adicional II a esos Convenios relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ambos del 8 de junio de 1977;
- VII. El Estatuto de Roma, del 17 de julio de 1998, que estableció la Corte Penal Internacional (CPI) que tiene “competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” y con ese fin está facultada para ejercer sobre las personas jurisdicción complementaria de las jurisdicciones penales nacionales y, por último, la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 1954, y sus Protocolos de 1954 y de 1999.<sup>46</sup>

El DIH tiene como objetivo principal proteger a los civiles en tiempo de conflicto armado, es decir, a los individuos que no participan en las hostilidades así como a los que han dejado de participar en ellas, por ejemplo, los combatientes heridos y los prisioneros de guerra para los cuales el DIH reclama que se les trate humanamente. Igualmente, el DIH tiene como fin mitigar las manifestaciones más atroces de los conflictos armados y para conseguirlo propone limitar los métodos y medios de hacer la guerra así como reglamentar la tenencia y el uso de determinadas armas, pues parte del principio de que las Partes en un conflicto armado no gozan de un derecho ilimitado en lo que atañe a la elección de los métodos y medios de hacer la guerra y de ahí que el artículo 35, párrafo 2, del ya mencionado Protocolo Adicional I, prohíba “... el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”; por su parte, el Estatuto de Roma, en el artículo 8. 2. b) contiene, entre otras, las siguientes prohibiciones: emplear veneno o armas envenenadas; gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo; balas que se ensanchan o aplasten fácilmente en el cuerpo humano como balas de camisa dura que no recubre

---

<sup>46</sup>. La CPI, además de tener competencia sobre los crímenes de guerra, tiene competencia sobre los crímenes de lesa humanidad que son crímenes que se pueden cometer tanto en tiempo de paz como de guerra y por actores estatales o no estatales. Aquí no se hace referencia a estos crímenes.

totalmente la parte interior o que tenga incisiones. Otro de los propósitos del DIH es proteger, durante los conflictos armados, los bienes culturales.

En la actualidad, el DIH atribuye responsabilidad penal a los individuos y a este respecto se recuerda que ya el Tratado de Versalles, celebrado al finalizar la primera guerra mundial, dispuso el establecimiento de tribunales *ad hoc* para procesar a personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y usos de la guerra y, aunque en esa ocasión no se estableció ningún tribunal, sí se llevaron a cabo procesos para castigar a algunas personas acusadas de esos crímenes. Igualmente, después de la segunda guerra mundial, se establecieron tribunales para procesar a individuos por crímenes contra la paz, por crímenes de guerra y por crímenes de lesa humanidad y se citan los procesos judiciales que mediante tribunales militares se llevaron a cabo en Alemania, los de Nuremberg, y en otros países como el tribunal del Lejano Oriente. Asimismo, el DIH atribuye responsabilidad penal a las personas que ejercen autoridad sobre los subordinados que cometen un crimen de guerra. A esta responsabilidad penal individual se refieren tanto el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, como el Estatuto de Roma que estableció la CPI.

Debe dejarse en claro que el DIH se aplica tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados sin carácter internacional pero no a los conflictos armados de carácter interno.

Los conflictos armados internacionales son:

- Los “casos de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes [de los Convenios de Ginebra], aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra” (Artículo 2 común a los 4 Convenios de Ginebra);
- Los “casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar” (Artículo 2 común a los 4 Convenios de Ginebra);
- Los “conflictos armados en que los pueblos luchan 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, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (artículo 1.4 del Protocolo Adicional I).

Los conflictos armados sin carácter internacional son, de acuerdo con lo que establece el Artículo 1, inciso 1, del Protocolo Adicional II, los que “...se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas...”.

Los Estados americanos conceden gran importancia al DIH como se desprende de que los 35 Estados de la región americana son Partes de los 4 Convenios de Ginebra de 1949; 34 del Protocolo Adicional I (Estados Unidos de América no es Parte) y 33 del Protocolo Adicional II (Estados Unidos de América y México no son Partes); 23 de esos Estados son Partes también del Estatuto de Roma y se tiene conocimiento de que otros Estados de la región podrían llegar a ser Partes en el Estatuto en un futuro cercano.

Como antes se dijo, el DIH no se aplica a los conflictos armados internos, es decir, a situaciones de disturbios o tensiones internas y otros actos de carácter similar en virtud de que no alcanzan la intensidad de un conflicto armado, pues así lo disponen el artículo 1, inciso 2, del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional y el artículo 8, párrafo 2, incisos

d) y f) del Estatuto de Roma, que expresan: “El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”, que no son conflictos armados. Como consecuencia de lo anterior, ha de concluirse que corresponde al Gobierno de cada Estado restablecer el orden público por cualquier medio permitido por el Derecho Internacional.

A las situaciones descritas, que son netamente de carácter interno, se les aplica el Derecho Internacional de los derechos humanos y a este respecto cabe citar lo que expresó, el 25 de enero de 2008, en la sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, el Delegado Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay:

...estas situaciones de “violencia interna” – que no pueden ser calificadas de “conflicto armado” – se encuentran por debajo del umbral de aplicación del derecho internacional humanitario. En éstas, están vigentes las normas del derecho internacional de los derechos humanos (DDHH) que regulan, para los agentes del Estado, el uso de la fuerza. Podríamos también calificar estas normas de los DDHH como una forma de “principios humanitarios” puesto que, en cuanto a la defensa de la vida y de la dignidad humana, ellas se encuentran tanto en los DDHH como en el DIH.

(...)

La intervención del CICR [en situaciones de violencia interna] está motivada por tres factores:

1. la amplitud de las consecuencias humanitarias;
2. el valor agregado de la acción de nuestra institución en base a su experiencia, a su capacidad así como a su "modus operandi" de organización neutral, imparcial e independiente; y
3. la aceptación de las autoridades.

(...)

... en una situación de “conflicto armado”, internacional o no internacional, la acción humanitaria del CICR está respaldada por el mandato otorgado a nuestra institución por la comunidad internacional a través de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales, base esencial del derecho internacional humanitario.

En una situación de “violencia interna”, donde no se aplican como tales las disposiciones del DIH, el “derecho de iniciativa humanitaria” se desprende de los Estatutos del Movimiento de la Cruz Roja y Media Luna Roja. Aunque este mandato confiado al CICR para desempeñar un papel humanitario en este contexto es menos “legalista” que el que se le otorga en los Convenios de Ginebra, cabe señalar que los Estatutos del Movimiento expresan también la voluntad de los Estados. Dichos Estatutos, han sido adoptados en el marco de una conferencia internacional que, cada cuatro años, reúne a los miembros del Movimiento con los Estados firmantes de los Convenios de Ginebra, y que guía nuestra acción humanitaria.

Una vez determinada la gravedad derivada de una situación de “violencia interna”, y conseguido el acuerdo de las autoridades pertinentes para llevar a cabo una acción humanitaria, el CICR usa “*mutatis mutandis*”, el mismo modo de acción que el aplicado en un contexto de conflicto armado.

En América Latina la respuesta humanitaria del CICR, frente a la “violencia interna”, sigue dos patrones paralelos: uno podría ser llamado “preventivo”, el otro “operativo”.

Las actividades desempeñadas en el campo preventivo abarcan programas de cooperación con las fuerzas de seguridad, y tienen como finalidad la revisión y la adecuación de todas las directrices operacionales o educacionales, en todo lo concerniente a las reglas de los DDHH aplicables al uso de la fuerza. Otro campo preventivo atañe a la sensibilización de los alumnos de nivel de enseñanza secundaria acerca de temas y situaciones que pueden promover una reflexión sobre la violencia y sus consecuencias.

El campo operativo cuenta, por ejemplo, con las siguientes actividades:

- diálogo bilateral con las autoridades sobre las consecuencias que pueden desprenderse de un uso inadecuado o desproporcionado de la fuerza [con la finalidad de monitorear las condiciones de detención y el trato];
- (...)
- apoyo a las autoridades carcelarias a fin de mejorar la gestión de los lugares de detención; y/o
  - desarrollo de programas médico-sociales realizados por las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja en zonas afectadas por situaciones de violencia.<sup>47</sup>

El artículo 1 del Estatuto de Roma dispone que la Corte Penal Internacional tiene “...jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional...” y tiene “carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. Por su parte, el artículo 5 de dicho Estatuto especifica que “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...respecto de los siguientes crímenes:” los de lesa humanidad, entre ellos el de genocidio, los de guerra y el de agresión en el entendido que sobre este último crimen la CPI tendrá competencia una vez que se apruebe su definición y el artículo 8 del Estatuto de Roma expresa que la CPI tendrá “competencia respecto de los crímenes de guerra en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.

¿Qué son entonces los crímenes de guerra? De acuerdo con lo antes dicho, los crímenes de guerra son las infracciones graves a las leyes y costumbres de la guerra que se cometan contra personas o bienes protegidos por las normas del DIH en caso de conflicto armado internacional o sin carácter internacional.

Algunos de esos crímenes son: el homicidio intencional (por ejemplo, atacar a una persona a sabiendas que está fuera de combate por enfermedad o por herida); la tortura; los tratos inhumanos; los experimentos biológicos; causar deliberadamente grandes sufrimientos; atentar gravemente contra la integridad física o la salud; hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga; el hecho de privar a una persona de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente; la toma de rehenes; la destrucción y la

---

<sup>2</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Consejo Permanente. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. **Informe final**: sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre temas de actualidad del Derecho Internacional Humanitario, Washington, D.C., 25 enero 2008. CP/CAJP-2649/08, p. 46-47.

apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.<sup>48</sup>

El CICR afirma, en el documento antes citado, que “resulta imprescindible que los Estados Partes en el Estatuto de Roma ajusten su derecho penal a dicho tratado [el Estatuto de Roma] para poder reprimir internamente los crímenes de la competencia de la Corte cuando se presente un caso”<sup>49</sup> y recomienda que al incorporar a la legislación nacional los crímenes de guerra, los Estados se aseguren de que las definiciones de esos crímenes contengan todos los elementos constitutivos que el Derecho Internacional les asigna pero, al mismo tiempo, les advierte de no “agregar condiciones cuyo efecto sería de excluir conductas calificadas como crímenes de guerra según dichos tratados”<sup>50</sup> (los de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I) y expresa que el derecho penal nacional debe permitir castigar todos los actos que correspondan a los crímenes de guerra tal como se definen en los mencionados Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional I sin que sea admisible que se “restrinja el alcance de las figuras delictivas. Por ejemplo, no se pueden agregar condiciones cuyo efecto sería excluir conductas calificadas como crímenes de guerra según dichos convenios”.<sup>51</sup>

La advertencia del CICR se debe a que entre los Convenios de Ginebra de 1949, especialmente el Protocolo Adicional I, de 1977, y el Estatuto de Roma existen algunas diferencias y, entre otras, señala las siguientes: el Estatuto de Roma codifica una serie de crímenes de guerra que no siempre corresponden a una infracción grave en el sentido de la legislación de Ginebra; el Protocolo adicional I enumera algunos crímenes que no aparecen en el Estatuto y menciona crímenes que se parecen a ciertas infracciones graves del Protocolo I pero cuyos elementos son más restrictivos, es decir, que el Estatuto exige condiciones calificativas más altas para que se configure un crimen y por ello no castiga la totalidad de las conductas delictivas que el Protocolo I obliga a los Estados a castigar y en consecuencia al CICR le preocupa que los Estados que son Partes tanto en los Convenios de Ginebra como en el Estatuto de Roma modifiquen su derecho penal para ajustarlo a este último tratado por ser posterior y teme que no cumplan estrictamente con lo dispuesto en la legislación ginebrina por lo que aconseja que: “La adecuación del derecho penal al Estatuto de Roma no puede menoscabar las obligaciones que dimanen de los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I. Se trata, por el contrario, de armonizar el régimen establecido en estos dos últimos con aquel estipulado por el Estatuto... Las reglas del Estatuto pueden fortalecer, pero no debilitar, la arquitectura así erigida, en cuanto a la definición de los crímenes de guerra así como por lo que atañe a las reglas sobre la responsabilidad penal y el ejercicio de la acción penal”,<sup>52</sup> pues considera que los 23 Estados americanos que además de ser Partes en la legislación ginebrina lo son también en el Estatuto de Roma, se han comprometido, conforme al derecho internacional, a castigar los crímenes de guerra según el sistema que establecen los Convenios de Ginebra y el Protocolo I.

---

<sup>48</sup> A estas infracciones se refieren el artículo 2 común de los 4 Convenios de Ginebra; los artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente, de dichos Convenios; el Protocolo Adicional I de 1977, especialmente los artículos 1, 11 y 85.

<sup>49</sup> Presentación del doctor Antón Camén ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (Washington, D.C., 28 de enero de 2008): CP/CAJP/INF.84/08, 12 febrero 2008. Presentaciones: sesión de trabajo sobre la Corte Penal Internacional. p.1. Ver también COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. **Represión de los crímenes de guerra en la legislación penal nacional de los Estados americanos**. marzo 2008, p. 4.

<sup>50</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. **Represión de los crímenes de guerra en la legislación penal nacional de los Estados americanos**. marzo 2008, p. 9, III, 2° §.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> Ver nota 4 supra, p. 2 y 4, respectivamente.

A este respecto, el CICR explica que “Los convenios de Ginebra de 1949 establecieron un sistema cuya rigurosa aplicación imposibilitara a los criminales de guerra evitar que fueran juzgados ante los tribunales de su propio país o en cualquier otro Estado”,<sup>53</sup> pues los Convenios de Ginebra de 1949 establecen una jurisdicción universal para castigar esa clase de crímenes reforzada por el hecho de que 194 Estados son Partes en dichos Convenios y se comprometieron a aplicar sus disposiciones. “En efecto, los artículos 49, 50, 129 y 146 de los 4 Convenios de Ginebra, respectivamente, no toleran ningún límite en cuanto a la nacionalidad de los autores o de las víctimas, ni con respecto al lugar donde se cometieron los crímenes. Por lo tanto, difieren de la jurisdicción basada en la territorialidad, la personalidad activa (nacionalidad del sospechoso) o pasiva (nacionalidad de la víctima), o el interés nacional del Estado. En otras palabras, no se requiere ningún vínculo con el forum del crimen si no es por el interés de todos que los crímenes de guerra sean sancionados”<sup>54</sup>. O, lo que es lo mismo, la jurisdicción universal permite a un Estado la persecución y castigo de cualquier autor de un crimen de guerra independientemente de su nacionalidad, de la nacionalidad de la víctima, y del lugar de la comisión del crimen.

Cabe recordar aquí que el Secretario General de las Naciones Unidas recomendó al Consejo de Seguridad que “inste a los Estados Miembros a que adopten leyes nacionales para enjuiciar a las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Los Estados Miembros deben proceder a enjuiciar a las personas que se encuentren bajo su autoridad o en su territorio por violaciones graves del derecho internacional humanitario en virtud del principio de la jurisdicción universal, y presentar un informe al respecto al Consejo de Seguridad” (Consejo de Seguridad, S/1999/957, 8 de septiembre de 1999, Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la Protección de los Civiles en los Conflictos Armados, p. 11). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 16 de abril de 1999, recomendó a los Estados miembros de la OEA que adoptaran las medidas necesarias para invocar y ejercer la jurisdicción universal frente a los individuos en materia de los crímenes que son competencia de la CPI: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Tiene razón el CICR al afirmar que el Estatuto de Roma no debe modificar la legislación ginebrina sobre todo cuando exige condiciones más altas que ésta para que se configure un crimen, pues en esos casos no se castigarían los crímenes contenidos en la legislación ginebrina y agrega que si bien en el articulado del Estatuto de Roma “no obliga explícitamente a los Estados Partes a castigar los crímenes de la competencia de la Corte. Pero sí lo supone, puesto que el mecanismo de complementariedad que prevé depende de la posibilidad de los Estados de reprimir dichos crímenes en el ámbito nacional”<sup>55</sup>. En efecto, y como ya antes se expresó, los artículos 1 y 5 del Estatuto de Roma reconocen que los Estados Partes en los Convenios de Ginebra tienen jurisdicción original sobre los crímenes contenidos en dichos Convenios al prescribir que la jurisdicción de la CPI es complementaria de la de los Estados ya que la competencia de la CPI sólo se puede ejercer cuando un Estado “no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” como lo dispone el inciso 1 del artículo 17 del Estatuto de Roma que establece:

La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del Preámbulo y el artículo 1, resolverá la no admisibilidad de un asunto cuando:

---

<sup>53</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. **Represión de los crímenes de guerra en la legislación penal nacional de los Estados americanos**. marzo 2008, p. 17, 1º §.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 17, 2º §.

<sup>55</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. **Represión de los crímenes de guerra en la legislación penal nacional de los Estados americanos**. marzo 2008, p. 4, 2º §.

- a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
- c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20. (Este artículo hace referencia a la figura “cosa juzgada” y a las excepciones que tiene).
- d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

Es decir, que sólo cuando no se den las situaciones a que se refiere el artículo transcrito la CPI tendrá jurisdicción sobre los asuntos listados y el hecho de que el artículo esté redactado en forma de excepciones confirma la jurisdicción prioritaria que tienen los Estados sobre esos asuntos. Las situaciones de excepción a que se refiere el artículo 17 transcrito son precisamente las que llevaron a la comunidad internacional de Estados a establecer la CPI pues, en ocasiones, sobre todo a consecuencia de un conflicto armado, el aparato judicial de un Estado desaparece o no se encuentra en condiciones de juzgar esos crímenes graves o bien las autoridades de ese Estado no cuentan con los elementos necesarios para enjuiciar a los responsables e incluso, en otros casos, porque son las propias autoridades que deben juzgar los crímenes las que los han cometido y de ahí precisamente que para ocuparse de ellos se haya creado la CPI ya que si esos crímenes graves no se castigan no sólo se afecta al Estado de jurisdicción sino también a la comunidad internacional pues constituyen “una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.<sup>56</sup>

Además del artículo 17, otros artículos, como el 4, el 13 y el 14 del Estatuto confirman la facultad de la CPI de revisar la actuación de los tribunales de un Estado Parte en un crimen previsto en la legislación de Ginebra y en el Estatuto de Roma, y de atraer el caso si resulta procedente conforme a lo dispuesto en el Estatuto y los Elementos de los Crímenes ya que el artículo 21 del Estatuto ordena que la CPI, al juzgar un crimen, debe aplicar, “en primer lugar, el Estatuto [de Roma], los Elementos de los crímenes...” pues éstos, de acuerdo con lo que establece el inciso 1 del artículo 9 del Estatuto, “ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto” que se refieren, respectivamente, al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

“La efectividad de la Corte recae entonces en la incorporación exitosa del Estatuto de Roma en el derecho interno tanto en lo referente a la conducción de los procedimientos nacionales como a la cooperación con la Corte.” (Bruce Broomhall, en el libro *Corte Penal Internacional*).<sup>57</sup>

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la situación de los crímenes guerra es la siguiente:

Si un Estado es Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional I pero no es Parte en el Estatuto de Roma, y se comete

---

<sup>56</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo.

<sup>57</sup> BROOMHALL, Bruce. **Corte Penal Internacional**: una guía para su implementación nacional. Asociación Internacional de Derecho Penal, 1999, p. 118. Como puede verse, en la cita no se mencionan los Elementos de los Crímenes de Guerra contenidos en el Estatuto de Roma pues los Elementos sólo fueron elaborados y aprobados por los Estados Partes en el Estatuto en agosto de 2002.

en su jurisdicción un crimen de guerra previsto en uno de estos Convenios o en el Protocolo I y el Estado en cuestión no lo castiga porque “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o pueda realmente hacerlo”, esa infracción permanecerá impune aunque esté prevista también en el Estatuto de Roma a menos que algún otro Estado quiera castigarlo con base en la jurisdicción universal que tienen todos los Estados en esta clase de crímenes conforme a lo establecido en los Convenios de Ginebra. En todo caso, el CICR tiene interés en que los Estados Partes en la legislación ginebrina y sean o no Partes en el Estatuto de Roma, conserven intacta dicha legislación ya que eso “significa cerciorarse que la legislación penal permite, como mínimo indispensable y obligatorio, castigar los crímenes de guerra definidos por los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I...”<sup>58</sup>.

En cambio, si en un Estado que es Parte en los Convenios de Ginebra y en el Estatuto de Roma se comete un crimen de guerra ese Estado tiene jurisdicción para juzgar y en su caso castigar ese crimen. Igualmente, cualquier otro de los Estados Partes en dichos convenios tiene facultad para ese efecto con base en la jurisdicción universal pero si ninguno de esos Estados lo castiga o no lo castiga debidamente, la CPI puede atraer el crimen si está dentro de lo que dispone el artículo 17 del Estatuto de Roma, antes transcrito.

Con respecto a la situación planteada en el párrafo anterior, el CICR teme, como antes se dejó dicho, que los crímenes previstos en la legislación ginebrina cuyos supuestos jurídicos no llegan al umbral de los crímenes graves que son de la jurisdicción complementaria de la CPI, queden impunes si el Estatuto de Roma modifica o anula la legislación ginebrina. En efecto, la regla general del derecho de los tratados relativa a la aplicación de “tratados sucesivos concernientes a la misma materia” dispone que “el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior” contenida en el inciso 3 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

Se considera que hay alguna razón al pensar que el citado principio se pudiera aplicar en vista de que tanto los Convenios de Ginebra como el Protocolo Adicional I y el Estatuto de Roma son tratados sucesivos sobre la misma materia; sin embargo, en el caso que se examina, hay una situación que puede calificarse de inédita y es que un crimen de guerra, si es grave, es de la competencia de dos foros: uno, el tribunal nacional que cada Estado Parte establece para juzgar los crímenes que se cometen en su jurisdicción y el otro, la CPI, creado por la voluntad colectiva de los Estados en el Estatuto de Roma por lo que se considera que el principio de derecho “la ley posterior deroga la anterior” no se aplica en este caso si se tiene en cuenta el propósito de la comunidad internacional de Estados: crear una instancia o foro especial para castigar, no todos los crímenes de guerra, pero sí los más graves y así lo dispone el artículo 8 del Estatuto de Roma: “A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”. Algunos de estos crímenes ya se han mencionado.

La razón de que se llegue a la conclusión de que el principio general de derecho, la ley posterior deroga la anterior, no se aplique en el caso que se comenta es que este principio se aplica cuando es un solo tribunal el que interviene pero no cuando hay dos tribunales creados por diferentes sujetos y diferentes métodos, como es el caso de la CPI. La creación de la CPI tiene como justificación el siguiente razonamiento: Los Estados Partes en la legislación ginebrina se han comprometido a juzgar los crímenes de guerra pero hay algunos de estos

---

<sup>58</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. **Represión de los crímenes de guerra en la legislación penal nacional de los Estados americanos**. marzo 2008, p. 4, 3º §.



crímenes que son tan graves que en muchos casos será muy difícil que los Estados puedan castigarlos con sus propios recursos pues, como antes se dijo, los tribunales pudieran haber desaparecido por el conflicto y en otros las mismas autoridades que deberían juzgar los delitos son las culpables y por esa razón se establece un tribunal especial, o sea una instancia complementaria o supletoria, en el caso la CPI, a fin de castigar algunos de esos crímenes si las autoridades del Estado de jurisdicción no pueden o no quieren hacerlo pero la CPI no podría atraer todos los crímenes de guerra contenidos en los tratados ginebrinos pues no fue establecida para sustituir a los tribunales de los Estados miembros del Estatuto de Roma pero sí para atraer los crímenes más graves y por tanto de trascendencia para la comunidad internacional; de ahí que el artículo 8 del Estatuto de Roma, que se refiere a los crímenes de guerra, disponga: “en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”, los cuales –dice el párrafo tercero del preámbulo del Estatuto de Roma- “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” por lo que la comunidad internacional, a través de la CPI tiene el derecho y el deber de ocuparse de ellos, y en su caso de castigarlos, a fin de evitar la impunidad de esos crímenes independientemente de que los Estados continúen teniendo jurisdicción prioritaria para juzgar todos los crímenes de guerra, inclusive los más graves si así lo quieren o lo pueden hacer, de conformidad con lo dispuesto en la legislación ginebrina y en el Estatuto de Roma y como se desprende también de que al establecerse la CPI jamás se dijo que sustituiría a los Estados en su deber de castigar los crímenes previstos en los convenios de Ginebra o en el Estatuto de Roma pues la CPI sólo atrae un crimen que es grave si el Estado de jurisdicción “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. El Estatuto de Roma creó la CPI, según lo dispone su artículo 1, para “ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”, es decir, que el Estatuto no impone a los Estados partes en él la obligación de castigar esos crímenes pues sólo en el Preámbulo, y no en el articulado, “recuerda” que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” sin especificar más a qué crímenes internacionales se refiere y tampoco impone a los Estados la obligación de juzgar en sus tribunales estatales los crímenes contenidos en el Estatuto ya que, como antes se dijo, el Estado de jurisdicción podría no poder o no querer juzgar un crimen grave.

En atención a lo anterior es de concluirse que lo procedente es que los Estados Partes, teniendo en cuenta lo dispuesto en los Convenios de 1949, en el Protocolo Adicional I y en el Estatuto de Roma incorporen a su legislación nacional, como alternativas, por una parte, los elementos de los crímenes de la legislación ginebrina y, por la otra, los elementos de los crímenes de guerra a que se refiere el artículo 9 del Estatuto de Roma y que fueron aprobados por los miembros de la asamblea de los Estados Partes en el Estatuto; es decir, que el Estatuto de Roma no sustituye ni modifica la legislación ginebrina y por tanto ésta así como la romana estarían vigentes simultáneamente en un Estado que es Parte en los convenios de Ginebra y en el Estatuto de Roma y el Estado podría juzgar los crímenes previstos en todos los tratados internacionales pero si no juzga un crimen previsto en el Estatuto de Roma, la CPI lo hará.

Por lo que se refiere a la incorporación de los tratados de DIH al derecho penal nacional se considera que debe hacerse, por una parte, conforme al procedimiento que el derecho interno de un Estado establezca al respecto ya sea transformando los tratados en leyes o bien incorporándolos directamente a su legislación, y por la otra, de conformidad con las reglas pertinentes del Derecho Internacional incluidas las disposiciones correspondientes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, para los Estados Partes en este tratado.

Debido a la dificultad que han experimentado algunos Estados para incorporar a su legislación los tratados de DIH, se estima conveniente hacer referencia al procedimiento, sencillo y rápido, aunque por eso mismo imperfecto, que algunos Estados han seguido para incorporar al derecho interno los delitos previstos en tratados y que consiste en incluir en el Código Penal un artículo con un texto semejante al siguiente: “Si se comete un delito no previsto en este Código pero sí en un tratado internacional de observancia obligatoria en el Estado, se aplicará el tratado, tomando en cuenta las disposiciones pertinentes del derecho penal interno”.

Por su parte, el CICR, en el documento ya citado, “Represión de los crímenes de guerra en la legislación penal de los Estados americanos”, hace referencia a este procedimiento en los siguientes términos: “Se podría también concebir proceder por una imputación global de los crímenes de guerra en el derecho nacional mediante una remisión a los tratados y al derecho internacional consuetudinario”.<sup>59</sup>

\* \* \*

---

<sup>59</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. **Represión de los crímenes de guerra en la legislación penal nacional de los Estados americanos**. marzo 2008, p. 28, “Conclusión”.