

**ANUARIO MEXICANO
DE DERECHO
INTERNACIONAL**
XV - 2015

Anuario Mexicano de Derecho
Internacional

ISSN: 1870-4654

amdi_ij@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

ARMENDÁRIZ, Leticia
CRÍMENES DE GUERRA EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS
Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. V, 2005, pp. 51-82
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740620002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

CRÍMENES DE GUERRA EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Leticia ARMENDÁRIZ*

RESUMEN: El derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales ha estado durante bastante tiempo caracterizado por un silencio normativo acerca de la persecución y sanción de las violaciones a sus previsiones. En los instrumentos que regulan a esta clase de conflictos, tampoco puede encontrarse la noción de responsabilidad penal individual para sus perpetradores. Y durante largo tiempo la noción de crimen de guerra ha estado reservada para aquellos actos cometidos en el transcurso de una guerra internacional. Sin embargo, en los últimos años, donde los conflictos internos superaron cuantitativamente a los interestatales, se ha producido un desarrollo sustancial en este sentido, generado por el establecimiento y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, por la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y en general, por la reacción de los actores internacionales ante los sucesos internacionales modernos que han aumentado su voluntad política de regular los crímenes de guerra, internacional y nacionalmente.

ABSTRACT: International Humanitarian Law in non international armed conflicts has been characterized during a long time for a normative silence regarding the persecution and sanction of the violations against its premises. The notion of individual criminal responsibility against its perpetrators can neither be found at the instruments that regulate this kind of conflict. Moreover, the notion of crime of war has been reserved to those acts committed during an international war. Though, recently, when the internal conflicts have surpassed quantitatively the international ones, a substantial development has been accomplished in this area, generated by the establishment and jurisprudence of the ad hoc tribunals, by the approval of the International Crime Court's Statute, and in general, by the reaction of international actors before the international modern events that have increased their political will to regulate the war crimes both at a national and international levels.

RÉSUMÉ: Le Droit International Humanitaire en conflits armés pas internationaux s'est caractérisé depuis long temps par un silence normatif dans la persécution et sanction des violations contre ses prévisions. La notion de responsabilité pénale individuelle contre ses perpétrateurs ne peut pas être trouvée dans les instruments qui régulent ce tipe de conflit. Néanmoins, au récent temps, quand les conflits internes ont dépassé celles internationales. Ce développement a été possible grâce à l'établissement et jurisprudence des tribunaux ad hoc, à l'approbation de le Statut de la Cour Pénale Internationale, et en générale, par la réaction des acteurs internationaux devant les succès international contemporaines qui ont augmenté leur volonté politique pour réguler les crimes de manière internationale e nationale.

* Doctorando de la Universidad de Barcelona.

SUMARIO: I. *El concepto de crimen de guerra interna. Cuestiones preliminares.* II. *La responsabilidad penal individual. Su formación bajo el derecho internacional consuetudinario.* III. *Los elementos del crimen de guerra interna. Su análisis.* IV. *Conclusiones.*

I. EL CONCEPTO DE CRIMEN DE GUERRA INTERNA. CUESTIONES PRELIMINARES

Se ha elegido este término de “crimen de guerra interna” por la claridad y conveniencia para denominar todos aquellos crímenes cometidos en un conflicto armado cuyo carácter es “no-internacional”. Vamos a utilizar este término de acuerdo a su noción conforme al derecho internacional y no a las definiciones, que en los derechos internos, se puedan dar a los actos que lo constituyen.

De manera general, los crímenes de guerra son las infracciones del derecho de guerra, que en el derecho clásico era denominado *Ius In Bello*¹ y cuya responsabilidad recaía únicamente en el Estado. A raíz de la sistematización de dichas normas, este derecho pasó a denominarse derecho internacional humanitario, o derecho de los conflictos armados, que aúna las reglas relativas a la protección de las víctimas (o derecho de Ginebra) y las que se refieren a la conducción de las hostilidades (o, derecho de la Haya) y, donde se estableció la responsabilidad penal individual.²

Curiosamente, si hay un problema jurídico que se suscita en torno al crimen de guerra civil, es precisamente el que tiene lugar en el marco de

1 Existían dos categorías, *ius in bello* y *ius ad bellum*; este último se refiere a las causas y razones que justifican hacer la guerra, o bien el derecho a hacer la guerra, con criterios bastante subjetivos, por tanto. El *ius in bello* por el contrario se refiere a las reglas que se aplican durante un conflicto armado.

2 Aunque este principio fue formulado por primera vez en el Tratado de Versalles de 1919, artículos 227-230. Sobre la evolución del derecho internacional humanitario y/o la historia del derecho de guerra, véase, entre otros: Oppenheim, L., *Tratado de derecho internacional público*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1966, t. II, parte II, cap. I; “Estudios sobre la formación del derecho humanitario. Crónica”, Suplemento Español, *RICR*, Ginebra, vol. 5, febrero-agosto de 1953; y vol. 6, enero-febrero de 1954; *Derecho internacional humanitario*, Madrid, Legislación Código Sectorial, 1998, estudio introductorio; Olivart, M. de, *Del reconocimiento de la beligerancia y sus efectos inmediatos*, Madrid, 1895; y Abi Saab, G., “Conflictos armados no internacionales”, en varios autores, *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, UNESCO, Ed. Española, 1990, cap. XIV.

un conflicto armado interno. Y esta característica es, particularmente, la que genera muchos de sus “males”. Mientras el cuerpo jurídico de normas aplicables en un conflicto armado internacional está elaborado con detalle, los Estados han sido bastante reticentes en regular los conflictos internos, lo cual es reflejo de la separación entre los intereses nacionales y las demandas humanitarias. De hecho, los Estados han tendido a tratar este tipo de conflictos más como una materia de política interna cuya solución es articulada a través del derecho penal nacional, que como un objeto de regulación internacional.

Sin embargo, los cambios en la naturaleza de los conflictos internos (siendo la guerra civil española el último conflicto donde se aplicó el estatus de beligerante), especialmente el aumento de su brutalidad respecto a la población civil, la ampliación de su magnitud, la mayor periodicidad y la dilatación de su duración, y la cada vez mayor interdependencia estatales, han modificado parcialmente el grado de voluntad de los Estados por su regulación internacional.

El primer movimiento en este sentido se produjo con la inclusión en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 del artículo 3 común.³ Sin embargo, ante la oposición de ciertos Estados, su aprobación se produjo gracias al coste de limitar su contenido a las reglas básicas de humanidad. En 1977, el Protocolo Adicional II a los citados convenios, primer instrumento dedicado exclusivamente a los conflictos internos, quiso desarrollar el *estándar mínimo* inaugurado con el artículo tercero; pero las negociaciones de este instrumento se movieron entre dos extremos muy diferenciados: una regulación lo más amplia y exhaustiva posible representada por el proyecto presentado por el CICR, y una demanda de regulación mínima o de no regulación fundamentalmente sostenida por los países del tercer mundo, toda vez que ya habían conseguido incluir las guerras de independencia colonial dentro del ámbito jurídico de los conflictos internacionales. El resultado fue un instrumento con unas condiciones de aplicación excesivamente estrictas (artículo 1) y unas disposiciones muy prudentes a causa de la eliminación, en la última fase de su debate, de las *expresiones irritantes* y de aquellos preceptos que ocasionaron avivados enfrentamientos, entre los que se encontraba

3 I) Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II) Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en el mar; III) Convenio relativo a los prisioneros de guerra; IV) Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

todo el título relativo a los medios y métodos de combate y las medidas de aplicación.⁴

La consecuencia se ha traducido no sólo en un retraso considerable de la normativa de los conflictos internos respecto de los internacionales sino además, en un silencio total acerca de la responsabilidad penal por la violación de sus disposiciones.

El Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados internacionales⁵ establece la categoría de “infracciones graves” y la equipara en su artículo 85.5 a los crímenes de guerra.⁶ Así, son crímenes de guerra todas aquellas violaciones graves del derecho internacional humanitario aplicable a la guerra internacional (más propiamente denominada conflicto armado internacional). La responsabilidad penal individual por las violaciones del DIH aplicable en conflictos internacionales queda de este modo establecida. De igual manera se desprende de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949.

El Protocolo II, sin embargo, que se ocupa de los conflictos internos más intensos, no establece tal categoría ni habla en ningún momento de cuando una conducta constituye un crimen de guerra, lo cual no deja de ser, por lo menos peculiar, si tenemos en cuenta que dicho instrumento tiene su objetivo prioritario precisamente en la protección de las víctimas de un conflicto armado interno.⁷ Incluso, no parece existir justificación legal alguna para que el tratamiento del autor de atrocidades en un conflicto interno sea diferente que aquel que se aplica para aquellos que cometen la misma conducta en el marco de una guerra internacional.⁸

4 Mangas, A., *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Salamanca, 1990, p. 52.

5 Protocolo Adicional 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 (Protocolo I).

6 “Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán crímenes de guerra”.

7 El artículo 3 común tampoco contiene ninguna disposición sobre infracciones graves, debido a que “en 1949, se consideraba que extender el sistema de infracciones graves a los conflictos armados internos sería atentar inaceptablemente contra la soberanía nacional”; Graditzky, T., “La responsabilidad penal por la violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado interno”, *RICR*, núm. 145, marzo de 1998, p. 31. Como puede deducirse, en 1977, en las discusiones tendentes a la aprobación de los dos protocolos adicionales, se mantenía la misma posición.

8 Robinson, D. y Hebel, H. von, “War Crimes in Internal Conflicts: Article 8 of the ICC Statute”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, The Hague, TMC Asser Press, vol. II, 1999, p. 196.

Dado que la noción de crimen de guerra sólo se configura si, en efecto, puede predicarse la responsabilidad penal individual para su autor, queremos evidenciar en las siguientes líneas cómo en el derecho internacional contemporáneo se ha configurado una norma consuetudinaria según la cual las violaciones al derecho internacional humanitario de los conflictos armados internos son crímenes de guerra y se les aplica, al menos parcialmente, el mismo régimen —las Convenciones de Ginebra y el Protocolo I— que a las conductas constitutivas de “infracciones graves”. Esta tendencia resulta del análisis de decisiones judiciales, instrumentos internacionales y de la doctrina. Finalmente, dicha norma ha sido confirmada con el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

A continuación, en el último epígrafe, se analizan los requisitos que debe reunir un crimen de guerra interna, requerimientos que han sido precisados por la jurisprudencia de los tribunales internacionales de Yugoslavia y Rwanda, y por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que han dado paso a un cambio sustancial en la definición del crimen de guerra civil.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL. SU FORMACIÓN BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

Dado que en último término sólo los individuos pueden violar o respetar las normas establecidas, parece claro que los Estados, cuyo comportamiento y responsabilidad están regulados claramente por el derecho internacional desde sus orígenes, debiera tomar las medidas prácticas para que los individuos bajo su jurisdicción cumplieran con ellas. Existe sin embargo, dentro del derecho internacional, una serie de disposiciones que específicamente criminalizan ciertos comportamientos individuales y obligan a los Estados a perseguirlos y sancionarlos.⁹

En efecto, el derecho internacional humanitario obliga a hacer cesar algunas violaciones y a perseguir y sancionar (para lo cual los Estados deben desarrollar su legislación penal), y a juzgar o extraditar,¹⁰ a los responsables de las “infracciones graves”. De esto además se deriva que

⁹ Sassòli, M. y Bouvier, A. A., “How does law protect in war?”, *ICRC*, Geneva, 1999, p. 246. Parece ser, por lo tanto, que la primera premisa no se cumple.

¹⁰ Artículo 49/50/129/146 de los cuatro Convenios de Ginebra respectivamente, y artículo 85 del Protocolo I.

no sólo un Estado sino todos ellos tienen jurisdicción sobre tales violaciones; esto es, les ha sido conferida la jurisdicción universal. Sin embargo, ha continuado siendo un tema polémico en el derecho internacional humanitario, si las violaciones de las normas aplicables en los conflictos internos constituyen una infracción penal de acuerdo con el derecho internacional;¹¹ y por lo tanto, si el presunto autor que las comete tiene responsabilidad penal individual.

Como ya adelantamos, las infracciones más graves (que son precisamente las que conllevan las obligaciones recién citadas) son equiparadas a crímenes de guerra,¹² pero la categoría de “infracciones graves”, dado el Estado del derecho internacional actual, no puede predicarse para los conflictos internos.¹³ No obstante, la tendencia desde hace algunos años ha sido considerar que las violaciones más serias del derecho humanitario aplicable cometidas en los conflictos internos son también crímenes de guerra,¹⁴ ya que este último concepto es ciertamente más amplio, e incluye también otras conductas además de las encuadrables como “infracciones graves”.¹⁵

Durante bastante tiempo, la cuestión sobre si las violaciones del artículo 3 común y el Protocolo II generaban responsabilidad individual fue respondida negativamente.¹⁶ Ciertamente, es difícil sostener que una

11 Meindersma, C., “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”, *Netherlands International Law Review*, vol. XLII, Issue 3, 1995, pp. 375-399.

12 Artículos 50/51/130/147 de los cuatro Convenios de Ginebra respectivamente, y artículos 85 y 86 del Protocolo I.

13 Así lo reconoció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadic*, y numerosa doctrina: Sassòli, *op. cit.*, nota 9, p. 247; Kress, C., “War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the emerging System of International Criminal Justice”, *Israel Yearbook on Human Rights*, núm. 30, pp. 112 y ss.

14 Graditzky, T., *op. cit.*, nota 7, pp. 60 y otras.

15 “Todas las *infracciones graves* son crímenes de guerra pero no todos los crímenes de guerra son infracciones graves”, ha señalado Benavides, L., “La obligación de los Estados de reprimir los crímenes de guerra como parte de una justicia penal internacional”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, ITAM, núm. 3, abril de 2002, p. 38. Meindersma, *op. cit.*, nota 11, p. 381; señala que dentro de la amplia categoría de crímenes de guerra, ciertas violaciones de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo I fueron incorporadas dentro de la categoría de “infracciones graves”, y están sujetas a un régimen especial que asegura la jurisdicción, pero que esto deja inalterado el carácter de crimen de guerra de otras violaciones de las convenciones y protocolos, y de ofensas contra otras normas consuetudinarias y convencionales que no están sujetas a este régimen (traducción mía, no oficial).

16 Meron, T., “International criminalization of Internal Atrocities”, *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 559; Plattner, D., “La represión penal de las violaciones del derecho

conducta prohibida por el derecho internacional no constituye una infracción penal. Tampoco puede sostenerse que en la letra de las Convenciones de Ginebra se prohíba perseguir y sancionar estas violaciones,¹⁷ es más, iría *contrario sensu*. Sin embargo, también está claro que debe respetarse el principio de la legalidad (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*); y hasta la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ningún instrumento convencional internacional de aplicación en conflictos internos lo establecía.

Durante la elaboración de la lista de crímenes de guerra para el Estatuto de la Corte Penal Internacional, surgió un debate acerca de la identificación de las normas de derecho internacional humanitario cuya aplicación ha sido extendida por el derecho internacional consuetudinario a los conflictos armados internos, y cuales de ellas generan responsabilidad penal por su infracción.

La jurisprudencia de los tribunales para la ex Yugoslavia y Rwanda afirmó que son crímenes de guerra las violaciones de las “leyes y costumbres de la guerra”, independientemente de si se encuentran bajo la categoría de “infracciones graves” y de si se cometen en el marco de un conflicto internacional o interno. No existe, *de facto*, un argumento sostenible que apoye la exclusión de las reglas aplicables a los conflictos no-internacionales de la noción general de “leyes y costumbres de la guerra”.¹⁸ Por analogía, si respecto de otro crimen internacional como es el genocidio, la Corte Internacional de Justicia confirmó¹⁹ que no cabe distinguir entre su comisión en un conflicto internacional o interno, de acuerdo con la obligación de represión y sanción que incumbe a los Esta-

internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internos”, *RICR*, núm. 101, septiembre-diciembre de 1990, pp. 439-452; igualmente el CICR ha declarado que la noción de crímenes de guerra está limitada a las situaciones de conflicto armado internacional.

¹⁷ Meindersma, C., *op. cit.*, nota 11, p. 389.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 381 y 382. En el *United States Army Field Manual* se declara que “the customary law of war becomes applicable to civil war upon recognition of the rebels as belligerents”, párrafo 11. Incluso se ha predicado que durante la guerra civil española (1936-1939) fueron aplicadas parcialmente las normas y costumbres de la guerra; véase Cassese, A., *The spanish civil war and the development of customary law concerning internal conflicts, Currents problems of International Law*, 1975, pp. 310 y ss. Véase también el Código de Lieber en Shelly Hartigan, R., *Lieber's Code and the Law of War*, Chicago, 1983, arts. 44-48.

¹⁹ *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnia-Herzegovine)*, exceptions préliminaires, 11 de julio de 1996, párrafo 31.

dos,²⁰ con base en las disposiciones de la convención,²¹ *a posteriori*, la razón por la cual un crimen de guerra se configura diferente jurídicamente, según sea durante una guerra interestatal o interna, parece ser de orden político.²²

El Tribunal Internacional de Nüremberg²³ destacó al respecto que existen determinadas conductas que son incriminadas mediante una norma consuetudinaria formada con base en declaraciones estatales y jurisprudencia. Se trata de conductas tan atentatorias contra los valores que la comunidad internacional defiende, y de tal gravedad, que no pueden permanecer más tiempo impunes.

Actualmente puede decirse que bajo el derecho internacional consuetudinario determinadas normas de DIH han sido extendidas a los conflictos armados internos, y su violación constituye un crimen de guerra; incluso, puede decirse que ha emergido un deber de perseguir los crímenes de guerra civil, al menos para el Estado territorial.²⁴ Esta evolución se ha debido a la decisiva contribución del Consejo de Seguridad y la Comisión de Derecho Internacional, a la jurisprudencia de los tribunales internacionales y a la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.²⁵

20 Véase también Bothe, M., “War Crimes in non-International Armed Conflicts”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 24, 1994, pp. 245-247.

21 Convención para la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

22 Momtaz, D., “War Crimes in Non-International Armed Conflicts Under The Statue of the International Criminal Court”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, The Hague, TMC Asser Press, vol. II, 1999, pp. 188 y ss.

23 La definición de “infracciones graves” que figura en los cuatro convenios se acerca bastante a aquella de “crímenes de guerra” dada por el Estatuto de Nüremberg. El principio VI de Derecho Internacional del Estatuto de Nüremberg dice así: “Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: Delitos de Guerra: Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de los prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; Benavides, L., *op. cit.*, nota 15.

24 *Op. cit.*, nota 13, pp. 162 y 163. Sobre la extensión de determinadas normas aplicables en los conflictos internacionales a los conflictos armados internos, véase Meron T., “The continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, Editorial Comments, vol. 90, núm. 2, abril de 1996.

25 No puede, de todos modos, ser olvidado en este punto el trabajo de la Corte Internacional de Justicia, ni el avance de los manuales militares y legislaciones nacionales; respectivamente véase “La Contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, *RICR*, núm. 850, pp. 235-269; y Graditzky, *op. cit.*, nota 7, pp. 38-48.

1. *Los tribunales internacionales. Estatutos y jurisprudencia*

Con la creación de los dos tribunales *ad hoc* volvió a retomarse el tema de la responsabilidad individual y se desarrolló la consideración de que las serias violaciones al artículo 3 común y al Protocolo II (que son esencialmente las conductas enumeradas en su artículo 4) son crímenes de guerra interna y generan responsabilidad penal para su perpetrador.²⁶ Los estatutos de ambos tribunales internacionales son ejemplificativos al respecto; el de Ruanda lo estableció claramente en su artículo 4 al señalar su competencia sobre aquellas “violaciones graves” del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo II, y juzgó de acuerdo con esto a los responsables.

La Cámara de Apelación en el Caso Tadic 95 dio una amplia interpretación al artículo 3 de su estatuto relativo a las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, afirmando que debía considerarse como una *residual clase* que cubría todas las violaciones del derecho humanitario que no pudieran ser incluidas bajo los artículos 2, 4 o 5 del estatuto, y que abarcaba tanto conflictos armados internos como internacionales.²⁷ La lista, no exhaustiva, de actos ofrecida en dicho artículo recuerda a las disposiciones de la Convención de la Haya de 1907 y de su anexo 1, y que se asemejan a los actos que bajo los Convenios de Ginebra se califican como “infracciones graves”. Varias declaraciones estatales realizadas durante la adopción del Estatuto del Tribunal aclaran, sin embargo, que dicho artículo no se refiere a ningún instrumento en particular, de lo que se deduce que aquellas violaciones de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo Adicional I que no caen bajo el ámbito de infracciones graves están sujetas a persecución como crímenes de guerra con base en el artículo 3 del estatuto.²⁸ El artículo tercero fue ideado como el medio para asegurar que el tribunal tuviera competencia para conocer de todas las violaciones del derecho internacional humanitario que tuvieran lugar tanto en un conflicto internacional como en uno interno, y evitar la impunidad de los perpetradores.²⁹ La interpretación que la Cámara de Apelación dio al respecto fue la que sigue:

26 Caso *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment, 2 de septiembre de 1998, párrafo 184.

27 *Tadic 95*, Decisión on the Defence Motion on Jurisdiction of the Tribunal, Case No. IT-94-I-T, párrafos 87-94; Robinson y Hebel, *op. cit.*, nota 8, p. 197.

28 Meindersma, C., *op. cit.*, nota 11, p. 383.

29 Caso *Tadic 95*, *op. cit.*, nota 27, párrafos 77 y 92.

Article 3 is a general clause covering all violations of international Humanitarian Law not falling under Article 2 or covered by Article 4 or 5, more specifically: i) violations of the Hague law on international armed conflict; ii) infringements of provisions of the Geneva Conventions other than those classified as “grave breaches” by those Conventions; iii) violations of common Article 3 and other customary rules on internal armed conflicts; iv) violations of agreements binding upon the parties to the conflict, considered *qua* treaty law, *i. e.*, agreements which have not turned into customary international law.³⁰

En relación a las condiciones que debe reunir una infracción para configurarse como una violación del derecho internacional humanitario, bajo el artículo 3 de su estatuto, el tribunal especificó que la violación de la regla debe generar, bajo el derecho consuetudinario o el convencional, responsabilidad penal individual para la persona que viola tal regla.³¹

En cuanto al carácter consuetudinario pues, inicialmente, al menos respecto del artículo 3 común, no cabe duda. Así se ha reiterado por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las actividades militares y paramilitares en y en contra Nicaragua en 1986,³² o en el caso “Barcelona Traction” en 1970 donde se reconoció su carácter de *ius cogens*. Igualmente ha sido reconocido por el CICR en el comentario realizado sobre este instrumento.³³ En cuanto al Protocolo II, aunque por ahora no puede afirmarse que sea la expresión de una norma establecida,³⁴ no puede excluirse en su totalidad dado que el artículo 4 dedicado a las “garantías fundamentales” desarrolla las disposiciones contenidas en el artículo

30 *Ibidem*, parágrafo 89.

31 *Ibidem*, parágrafo 94.

32 Caso de las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua (Nicaragua v. EE. UU.), CIJ, 27 de junio de 1986. La necesidad de acudir en este caso al derecho consuetudinario radicaba también en que la Corte no podía ampararse en el artículo 3 convencional porque Estados Unidos de América había formulado una reserva en relación con este artículo que lo hacía inaplicable; de aquí la utilidad de considerarlo como derecho consuetudinario. En este sentido, *op. cit.*, nota 25, p. 239.

33 Comentario del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, CICR-Plaza & Janés editores Colombia S. A., noviembre de 1998. Véase Normas Consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 2- 6 de diciembre de 2003 (informe preparado por el CICR, disponible en la página *Web: www.cicr.org/spa*).

34 Al respecto, aunque puede decirse que las disposiciones contenidas en el Protocolo II no ha sido parte frecuente de la práctica estatal, hay que destacar que este hecho se ha debido más al estricto ámbito de aplicación del protocolo que al consenso internacional acerca de sus prohibiciones

3 común, que han sido descritas como “los principios generales básicos del derecho internacional humanitario”.³⁵

En cuanto a la incriminación bajo el derecho convencional, la aprobación del Estatuto de la CPI inaugura en su artículo 25 la responsabilidad penal individual para los perpetradores de los crímenes que se hallan bajo su competencia, entre los que se encuentran los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos (véase *infra* II, 4).

2. Las resoluciones del Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad ha contribuido mediante sus resoluciones a desarrollar el derecho consuetudinario bajo el cual se extendería la noción de responsabilidad penal individual a las violaciones del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos internos.

La interpretación extensiva que le ha dado a la noción de “amenaza para la paz y la seguridad internacional” le ha llevado a considerar que las serias violaciones del DIH, tanto las cometidas en un conflicto internacional como interno, son capaces de constituir tal amenaza. De hecho, este fue el argumento legal usado por el secretario general para crear los dos tribunales internacionales.³⁶

En relación al conflicto yugoslavo, el Consejo de Seguridad declaró que “aquel que comete o da orden de cometer tales actos (todas las violaciones del derecho internacional humanitario) será considerado individualmente responsable respecto de tales infracciones”.³⁷ Más expresamente enunciado, el principio de responsabilidad penal individual queda refrendado en la resolución 859/1993 por la comisión de crímenes de guerra y otras violaciones del derecho internacional humanitario.

Tanto las resoluciones del Consejo de Seguridad, que en relación al conflicto Ruandés³⁸ fueron adoptadas en su mayoría por unanimidad, como las declaraciones del presidente en nombre del consejo³⁹ son una

35 Momtaz, *op. cit.*, nota 22, p. 178.

36 Kama, L., “Le Tribunal Pénale Internationale pour le Rwanda e la Repression des Crimes de Guerre”, *The United Nations and International Humanitarian Law*, París, 1992, p. 255.

37 S/Res/787, noviembre de 1995, parágrafo 7. Véase también: S/Res/808, febrero de 1992; S/Res/819, abril de 1993; S/Res/827, mayo de 1993 y S/Res/941, septiembre de 1994.

38 S/Res/912, S/Res/918, S/Res/935, julio de 1994; S/Res/955, noviembre de 1994 y S/Res/978, febrero de 1995.

39 Declaración de 25/02/1995, 03/03/93 y 28/10/93, entre otras.

fuerte evidencia de la *opinio iuris* existente.⁴⁰ Incluso, el creciente interés del consejo en el tratamiento de los conflictos armados internos se ha evidenciado no sólo en las resoluciones en las cuales anima a las partes a respetar al derecho humanitario⁴¹ sino en su compromiso en los procesos de paz para que éstos no se hagan con base en la impunidad de los responsables de las violaciones.⁴² La llamada para la creación de Comisiones de Encuesta va en este sentido.

No cabe duda de que el hecho de que el Consejo de Seguridad aborde dicha cuestión la eleva a rango de cuestión de interés internacional⁴³ y permite al menos ir en dirección a la búsqueda del consenso internacional sobre el tratamiento de las violaciones graves del derecho internacional aplicable a los conflictos armados internos.⁴⁴

3. *El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)*

Como órgano especializado en derecho internacional es de obligada referencia acudir a su trabajo. En el punto que nos interesa, la CDI ha abordado el tema en su proyecto sobre un Código acerca de los Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.⁴⁵ En su artículo sobre los “crímenes de guerra”, apartado f), constan las conductas violatorias del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos internos, y en su comentario les reconoce la responsabilidad penal individual.⁴⁶ Contempla, además, la posibilidad de que durante un conflicto interno se puedan cometer “crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad”, que implicarían la aplicación del Principio de *Aut Dedere Aut Iudicare*.

La comisión elaboró en 1994 un proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional;⁴⁷ durante este trabajo también tuvo que abordar la

40 Véase más exhaustivamente: Meindersma, C., *op. cit.*, nota 11, pp. 394-396.

41 S/Res/ 693, 1991, para El Salvador; S/Res/794, diciembre de 1992, y S/Res/814, marzo de 1996, para Somalia; S/Res/864, 1993, para Angola; S/Res/1012, agosto de 1995, y S/Res/1072, agosto de 1996, para Burundi.

42 Momtaz, *op. cit.*, nota 22, p. 182.

43 Graditzky, *op. cit.*, nota 7, pp. 52 y 53.

44 Thomas Graditzky afirma que “el principio de tal responsabilidad penal, al menos para cualquier violación de las reglas de derecho internacional humanitario relativas a la conducción de hostilidades en estos conflictos, está bien establecida en el derecho internacional consuetudinario”. *Idem*.

45 Doc. ONU A/CN.4/L.532, de 8/07/96.

46 Report of the Comisión of Internacional Law on the work of its 48th session, Doc. ONU A/51/10, 1996.

47 A/49/355, de 1/09/1994.

cuestión de los crímenes de guerra. Se redactó una lista que contenía aquellos tratados que definían o regulaban los crímenes internacionales donde expresamente se excluyó al Protocolo II debido a que entre sus disposiciones no se encontraba alguna que articulara un sistema de jurisdicción universal derivado del principio de *Aut Dedere Aut Iudicare*,⁴⁸ ni podía encontrarse su origen consuetudinario.

4. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*

El Estatuto de la CPI supone el más aplaudido avance en la represión de los crímenes internacionales. Los crímenes que caen bajo la competencia de la corte son los crímenes más graves de “trascendencia para la comunidad en su conjunto” (artículo 5). Concretamente, la corte tiene jurisdicción sobre los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.⁴⁹

La definición de los “crímenes más graves” es una definición amplia, en el sentido que cubre tanto las “infracciones graves” como las “violaciones graves”, de los Convenios de Ginebra y de las leyes y costumbres de la guerra en general.⁵⁰

El Estatuto de la CPI califica como crímenes de guerra las serias violaciones del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales. Por “derecho internacional humanitario aplicable” debe entenderse las violaciones graves del artículo 3 común (artículo 8.2.c)) y las serias violaciones de las leyes y los usos aplicables en conflictos no internacionales dentro del marco establecido por el derecho internacional (artículo 8.2.e)). Es la primera vez que un instrumento internacional, destinado además a la represión de las violaciones del DIH, utiliza la expresión de crímenes de guerra para conductas suscitadas en el transcurso de un conflicto armado no internacional y proclama la responsabilidad individual para sus perpetradores.⁵¹

48 Report of the Comisión of Internacional Law on the work of its 46th session. Doc. ONU A/49/10, 1994, p. 84 y, 156 y ss.

49 El artículo 5.2 prevé que la CPI ejercerá su jurisdicción también sobre el crimen de agresión, una vez que se adopte enmienda del estatuto que incluirá la definición y requisitos del crimen.

50 Greppi, E., “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”, *RICR*, núm. 835, p. 540.

51 El artículo 25 del estatuto establece expresamente la responsabilidad penal individual para todos los crímenes de competencia de la Corte, y aclara en su apartado 4o. que “nada de lo dispuesto

La cuestión que aquí nos interesa radica en cuales han sido los comportamientos calificados como crímenes de guerra dentro de las dos listas ofrecidas por el estatuto, particularmente en la segunda; puesto que la respuesta está basada en la interpretación acerca de qué debe entenderse por leyes y usos aplicables en conflictos armados no internacionales. A lo largo de los debates para la aprobación del estatuto el argumento utilizado para justificar la no inclusión de ciertas conductas fue la ausencia de su incriminación bajo el derecho consuetudinario.⁵² Sin embargo, ciertos autores han criticado con razón, precisamente que el estatuto se encuentra por debajo del estándar consuetudinario, lo cual refleja la falta de consenso todavía en cuanto a la extensión de determinadas normas de DIH a los conflictos armados no internacionales; si olvidar, por supuesto la naturaleza política de dichos obstáculos.

Tanto los crímenes descritos en el artículo 8.2.c) como en el 8.2.e) derivan de varias fuentes legales. Al ser uno de los artículos cuya discusión se tornó más polémica y difícil, los redactores optaron por dividir los crímenes de guerra en dos segmentos según las fuentes que originaban sus disposiciones, y que se ocupaban de distintos contextos.⁵³ Esto, sin embargo, provoca ciertas ambigüedades jurídicas que se han traducido, tal y como algún autor ha resumido, en dos significantes defectos: la falta de claridad y de una estructura analítica convincente.⁵⁴

en el presente estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional". Sobre la responsabilidad estatal se recomienda Rosenne, S., "War Crimes and State Responsibility", *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 24, 1994, pp. 63-102.

52 Durante la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en julio de 1998 en Roma, existió una fuerte dialéctica entre los Estados acerca de incluir o no dentro del ámbito de competencia de la corte los crímenes cometidos durante los conflictos armados internos. 73 Estados se declararon a favor de la extensión de la competencia de la corte sobre estos crímenes, mientras que 16 se posicionaron en contra. Existió una propuesta conjunta de Suiza y Nueva Zelanda, que fue la base de la posición a favor, en la que se argumentaba el progresivo desarrollo del derecho internacional consuetudinario aplicable en los conflictos internos. Estados como China e India representaron a la oposición. Finalmente, sólo aquellas violaciones del DIH, aplicable en los conflictos no internacionales que se consideraba que generaban responsabilidad penal bajo el derecho internacional consuetudinario, fueron incluidas en el estatuto; Momtaz, *op. cit.*, nota 22, p. 179. Identificar cuáles eran estas "serias violaciones", fue la tarea del grupo de trabajo que se encargó de elaborar el Documento de los Elementos de los Crímenes.

53 Así lo reconoció el presidente del Comité de Redacción de la Conferencia de Roma, señor Cherif Bassioni; "Negotiating the treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court", *Cornell Int'l Law Journal*, núm. 32, 1999.

54 Kress, *op. cit.*, nota 13, pp. 130 y 131.

El artículo 8.2.c) se encarga de aquellas violaciones graves del artículo 3 común; al regularse bajo dicho artículo todos los conflictos sin carácter internacional, sin requerir ninguna clase de intensidad en el conflicto, los crímenes de guerra descritos en éste artículo resultan de aquellas infracciones que, tal y como el mismo artículo tercero establece, “están y quedan prohibidas, en cualquier tiempo y lugar”. Como el artículo tercero común no suscita ninguna duda en cuanto a su carácter consuetudinario, gracias a los precedentes de los tribunales penales internacionales de la ex Yugoslavia y Rwanda, no supuso dificultad alguna para los negociadores del Estatuto de Roma calificar sus violaciones como crimen de guerra.

Este apartado, sin embargo, no incluye las prohibiciones enumeradas en el artículo 4 del Protocolo Adicional II por lo que los castigos colectivos, a pesar de atentar contra la dignidad de la persona (artículo 8.2.c) ii) y violar de manera somera la prohibición de juzgar y ejecutar sin juicio previo y con las debidas garantías fundamentales (artículo 8.2.c) iii), no queda configurado como crimen de guerra.

El apartado e) del artículo 8 del estatuto describe el segundo grupo de crímenes de guerra: las “serias violaciones de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados no internacionales”. Esta lista es, ciertamente, más amplia que las prohibiciones y conductas previstas en el Protocolo II; contempla varios comportamientos de los prohibidos por éste, pero innova calificando como crímenes de guerra la violación de ciertas normas de DIH no incluidas en el PII.⁵⁵ Es necesario, por lo tanto, distinguir entre las disposiciones del Protocolo II que pueden ser consideradas como parte de las leyes y costumbres de la guerra y aquellas que no. En este punto pueden criticarse ciertas ausencias.

En primer lugar, de manera global las disposiciones del Protocolo II incluidas en el estatuto y que son consideradas crímenes de guerra son aquellas dirigidas a garantizar la protección de la población civil, tanto de sus vidas como de sus bienes. Como este es el objetivo más inmediato del DIH, el medio para hacerlo efectivo, ya desde hace tiempo, es la limitación de los medios y métodos de combate (el así llamado derecho de La Haya) y consecuentemente la distinción entre combatientes y no com-

55 En este punto se observa cierta evolución, al calificar como crimen de guerra una conducta que se encuadra dentro del régimen de las “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra y Protocolo I: “destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo” (artículo 8.2, e), xii); *op. cit.*, nota 15, p. 185.

batientes. Se califica así como crimen de guerra, los ataques intencionados contra la población civil (artículo 8.2.e i)), o contra sus propiedades tales como edificios, material, unidades, vehículos y contra el personal habilitado (artículo 8.2.e ii)), y el ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto a no ser que se trate de su seguridad o de razones militares imperativas (artículo 8.2.e viii)).

En segundo lugar, nuevas conductas, ya aplicables para los conflictos internacionales, son calificadas como crímenes en este apartado. Situados dentro del derecho relativo a la conducción de las hostilidades, se incluyen actos como la destrucción y confiscación de los bienes del enemigo, a no ser que las necesidades de la guerra así lo requieran. También los ataques deliberados contra personal, instalaciones, etcétera, de operaciones de mantenimiento de la paz (artículo 8.2.e iii)). Además, se incriminan los crímenes de violencia sexual (artículo 8.2.e vi)), incluyendo el embarazo forzado cuya práctica fue frecuente en el conflicto Yugoslavo con la intención de modificar la composición étnica de la población.⁵⁶

Por último, existen en el estatuto algunas violaciones, igualmente “serias”, del DIH aplicable a los conflictos armados internos que no figuran dentro de los crímenes de guerra. Es en este punto donde la lista de crímenes de guerra no recoge el derecho consuetudinario existente. El principio de distinción, la definición de objetivos militares, la prohibición de ataques discriminados, el principio de proporcionalidad, y el deber de tomar precauciones en los ataques son parte del derecho internacional consuetudinario, con independencia de la naturaleza del conflicto bélico. Con respecto a la población civil, se cubre los ataques directos realizados intencionalmente (8.2.e i)), pero nada se dice acerca de los ataques que causen daños incidentales a civiles, que tiene la esencia del principio de proporcionalidad y es considerado como una violación a las leyes y costumbres de la guerra, y un crimen de guerra por lo tanto.⁵⁷

Tampoco existe como crimen de guerra el uso de determinadas armas, tal es el caso de las armas asfixiantes, biológicas o tóxicas, cuya

56 *Ibidem*, p. 185. Véase la definición de “embarazo forzado” en el artículo 7.2. f) del Estatuto CPI.

57 El TPIY, en el Caso *Kuprescic*, IT-95-16-T, consideró este punto, estableciendo que la base del derecho internacional humanitario es la protección de civiles en tiempo de conflicto armado, y que dicha protección es suspendida o anulada cuando, aunque el objeto de un ataque militar es dirigido a objetivos militares, no es posible evitar causar los llamados “daños colaterales”, párrafos 518-22.

prohibición en conflictos internos puede encontrarse en la Convención de la Haya de 1907 y por el Protocolo I de Ginebra de 1925. El Tribunal para la ex Yugoslavia reconoció que si bien no alcanza el grado de “infracción grave” la responsabilidad penal llega a través del derecho consuetudinario, y consideró que las prohibiciones sobre el uso de ciertas armas aplicables en los conflictos internacionales son asimiladas para los conflictos internos.⁵⁸ Si bien la Comisión de Derecho Internacional que en 1991 considero su uso como un “crimen de excepcional gravedad”,⁵⁹ modificó en 1996 tal consideración, se trata de la más notoria ausencia.⁶⁰

Más evidente incluso es la “no inclusión” entre los crímenes del apartado e), del crimen de hacer padecer hambre a la población civil como método de combate, contemplado por el Protocolo II en su artículo 14 relativo a la “Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”.⁶¹

Por otro lado, a pesar de que el artículo 8.2.e) no cubra los ataques directos contra objetos civiles, no considero que el objeto protegido quede totalmente desamparado, puesto que el artículo 8.2.e) cubre los ataques contra cierto tipo de objetivos no-militares (concretamente los crímenes de guerra de los apartados ii), iii), iv) e incluso puede entenderse el v) también), y por ende pudiera, por lo tanto, ser regulado más específicamente por las legislaciones nacionales.⁶²

Definitivamente, pudieran haberse aunado los esfuerzos, en efecto, para hacer constar en dicho artículo todas aquellas violaciones a normas que gozan de un reconocimiento internacional más transparente como norma consuetudinaria. Sobre todo, las relativas a los métodos y me-

58 Sobre la llamada Teoría de la Asimilación, véase Kress, *op. cit.*, nota 13.

59 Momtaz, *op. cit.*, nota 22, 187.

60 Kress, *op. cit.*, nota 13; Benvenuto, P., “Weapons, uncontrolled Availability of Weapons and War Crimes”, *La Comunità Internazionale*, núm. 3, 2000; Woollomes, L., “National Implementin Legislation for the Chemical Weapons Convention: the Experience of the First Two Years”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, pp. 264-283; Roberge, M. C., “La Nouvelle Cour Pénale internationale: évaluation préliminaire”, *RICR*, núm. 80, 1998, 727.

61 La Resolución 794 del Consejo de Seguridad para Somalia condenó impedir deliberadamente la entrega de ayuda humanitaria destinada a la supervivencia de la población civil. Incluso, el borrador de Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona incluyó este comportamiento en su artículo 3 con base en su carácter consuetudinario. Su ausencia en la lista ha sido, por esto, ampliamente criticada: Momtaz, *op. cit.*, nota 22; Kress, *op. cit.*, nota 13; Robinson y Hebel, *op. cit.*, nota 8; Spieker, H., “The Internacional Criminal Court and Non-International Armed Conflicts”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 13, 2000, p. 422.

62 Pues tampoco el Protocolo II contempla expresamente este tipo de acción.

dios⁶³ de combate hubieran sido bienvenidas, dado que la prohibición de su uso es más que conocida y aceptada públicamente.⁶⁴

Por este lado, puede decirse, efectivamente, que existe un “retroceso por debajo del estándar consuetudinario”.⁶⁵ No obstante, para aquellas conductas que aún no están claramente establecidas, la esperanza se encuentra en el camino de la enmienda al estatuto, una vez que no haya lugar a duda de que su aplicación es reconocidamente prohibida en ambas clases de conflicto.

III. LOS ELEMENTOS DEL CRIMEN DE GUERRA INTERNA. SU ANÁLISIS

Ya el Tribunal Penal para Rwanda estableció, con la finalidad de establecer la existencia de una violación del artículo 3 común y el Protocolo II, en el caso Kayishema y Ruzindana, los requisitos que debe reunir este crimen internacional:

1. La existencia de un conflicto armado de carácter no internacional.
2. La existencia de un nexo entre el acusado y las fuerzas armadas.
3. Su comisión bajo la competencia *ratione loci* y *ratione personae* del tribunal.
4. La existencia de un nexo entre el crimen y el conflicto armado.⁶⁶

Si bien la esencia es la misma, del Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional sobre los Elementos de los Crímenes,⁶⁷ se deriva la existencia de determinados “elementos comunes” a los

63 En el artículo 8.2.b), al menos los apartados xvii-xx se refieren a los medios prohibidos de manera más general, pero tampoco es exhaustivo. Mucho menos lo es, en este sentido, el apartado e).

64 La Cámara de Apelación en el reiterado Caso *Tadic* 95, Decisión sobre su Jurisdicción (*op. cit.*, nota 27, párrafo 128), resolvió que los principios que regulan la conducción de las hostilidades, esto es el Derecho de la Haya, son aplicables a los conflictos armados no internacionales.

65 La expresión literal es “Regressions behind the customary Standard”. Kress, *op. cit.*, nota 13, pp. 134 y 135.

66 The prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 de mayo de 1999, párrafo 169. El tercer requisito se tiene sólo en cuenta para con el tribunal, por lo que no constituye un “elemento común” del crimen de guerra.

67 PCNICC/2000/1. La aportación del documento relativo a los “Elementos de los Crímenes” es la identificación clara de los requisitos que debe reunir cada uno de los crímenes de guerra bajo la competencia de la corte. Se trata de un medio que asiste a los jueces en su interpretación de las provisiones que constan en el listado de crímenes que caen bajo la competencia de la corte según el

crímenes de guerra interna. Así encontramos los siguientes elementos comunes:

1. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
2. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Analicemos algunos de éstos elementos.

1. *La existencia de un conflicto armado no-internacional*

Definir cuándo nos encontramos ante un conflicto no internacional es esencial para saber el régimen aplicable a las infracciones del derecho internacional cometidas en tal situación; una primera aproximación parece llevarnos hacia un enfrentamiento en el interior de un Estado entre dos o más partes, que recurren, ante la falta de otras opciones políticas, a la fuerza armada de una forma colectiva y con un mínimo de organización. Pero es necesario aplicar, en efecto, una serie de filtros a otro tipo de situaciones que, aunque *ab initio* parecen reunir sus características, no encajan sin embargo en la noción más estricta dada por el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 de 8 de agosto de 1977, principal instrumento para los conflictos internos. Si son sus coordenadas el umbral más alto para satisfacer, existen por otro lado situaciones que no reúnen todas sus características, tales como las tensiones internas y disturbios interiores, o situaciones que han pasado a constituir un conflicto internacional. Algún autor ha afirmado asimismo su distinción del concepto de guerra civil clásica.⁶⁸

estatuto. Su finalidad es proporcionar claridad y certeza al contenido de cada crimen. Algunas veces sus disposiciones llegan a ser más específicas que las definiciones contenidas en el estatuto; sin embargo, es un documento de auxilio y no es vinculante ni disminuye la discrecionalidad judicial de sus magistrados.

⁶⁸ Mangas, *op. cit.*, nota 4, p. 59. Esta distinción, no obstante, si bien no supone un problema actual de aplicación normativa (puesto que el concepto de guerra fue sustituido a raíz de la aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949 por el de conflictos armados a los que, desde entonces, se comienza a aplicar una regulación ya internacional, siendo el derecho anterior únicamente en el plano militar nacional) puede ser interesante tratar por su valor teórico en cuanto al tratamiento de figuras como la beligerancia. Para otro autor, sin embargo, el Protocolo II tiene unas condiciones de aplicación tan estrictas que sólo se aplicaría a la guerra civil clásica, y no a la guerra de guerrillas mucho más común en nuestros días; Jiménez Piernas, C., “La protección de

Pero principalmente, es su diferenciación de los conflictos de carácter internacional lo que nos lleva, por negación, a su delimitación más concreta, dada la actual dicotomía existente en el derecho internacional humanitario entre conflictos internacionales e internos. Tras la ampliación en el Protocolo I de su ámbito de aplicación,⁶⁹ los contextos considerados como internos se redujeron considerablemente y acontecen desde entonces realidades híbridas de difícil calificación. Así, por ejemplo, los conflictos armados internos internacionalizados, las situaciones con una implicación de un tercer Estado en el lado de las fuerzas armadas no estatales,⁷⁰ o la actual dialéctica de la guerra contra el terrorismo, son situaciones que reúnen características de ambas clases.

Aunque la apreciación de la existencia de un conflicto interno es totalmente objetiva, y no depende del reconocimiento estatal,⁷¹ la reticencia del Estado parte de la dificultad de reconocer la existencia misma del conflicto, y se traduce en la aplicación de las leyes de mantenimiento del orden público en lugar de la legislación internacional (el Protocolo II o el artículo 3 común, según sea la situación) y en la utilización, como escudo para evitar cualquier actuación externa, del principio de no intervención en los asuntos internos, lo cual impide además, la tarea de auxilio de las organizaciones humanitarias o la intervención por verdaderas

trabajadores y cooperantes extranjeros en situaciones de conflicto interno, con especial referencia a la toma de rehenes”, *RICR*, núm. 110, marzo-abril de 1992, p. 160.

69 El artículo 1.4 establece como conflicto internacional “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”. El caso de Timor Oriental es un buen ejemplo de esta perspectiva de conflicto armado internacional, basado en la ocupación por Indonesia de Timor Oriental, aunque no hubo resistencia por parte de ésta última. Las milicias prointegracionistas de Timor (en su conflicto con las tropas de las Naciones Unidas) fueron calificadas como parte de las fuerzas armadas de Indonesia al recibir apoyo e instrucciones de este gobierno. El conflicto fue calificado también de internacional. Véase Levrat, B., “El derecho internacional humanitario en Timor Oriental: de la teoría a la práctica”, *RICR*, núm. 841, pp. 77-100.

70 El grado de apoyo de una intervención extranjera puede llegar a transformar el conflicto interno en internacional. Una de las muestras más fehacientes de esto se han dado en la calificación del conflicto yugoslavo a raíz de la participación de la República Federal de Yugoslavia del lado de los servo-bosnios, y de la República de Croacia del lado de los bosnio-croatas. A este respecto The Kalshoven Report, U. N. Doc. S/25274, y Meron, T., “Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *American Journal of International Law*, vol. 92, abril de 1998, pp. 236-242.

71 Los criterios objetivos para la aplicación del Protocolo II se describen en su artículo 1: 1. El carácter de las fuerzas en enfrentamiento, esto es, las fuerzas armadas gubernamentales y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados. 2. La existencia en la oposición armada de: a) La dirección de un mando responsable; b) El control de una parte del territorio; c) Operaciones militares realizadas de manera concertada y sostenida; d) La posibilidad de aplicar el Protocolo II.

razones de humanidad,⁷² y la suspensión, según esté estructurado el estado de excepción, de determinados derechos fundamentales.

Respecto al grupo rebelde, la calificación del conflicto como interno o internacional es fundamental. A pesar de que la aplicación del Protocolo II no supone un cambio en su estatuto jurídico,⁷³ implica la inaplicación del estatuto de prisionero de guerra, y por tanto los detenidos por actos en relación con el conflicto armado son tratados como prisioneros de derecho común y pueden ser juzgados por el delito de rebelión (o insurrección) si la legislación nacional así lo establece. Incluso, puesto que los grupos rebeldes no son considerados como sujetos de derecho internacional, nos encontramos con el problema de la vinculatoriedad de la regulación internacional. Si bien una de las condiciones que se exige en el artículo 1 del Protocolo II (ámbito de aplicación) a la otra “parte” en el conflicto es la posibilidad de aplicar el presente protocolo,⁷⁴ surge en este punto la cuestión de sobre qué parámetros legales el grupo rebelde está sometido a las disposiciones del Protocolo II; de saber, por tanto, si puede estar obligado por un tratado en el que no es “Alta Parte Contratante”.⁷⁵

Como umbral de aplicación inferior, los conflictos armados internos deben distinguirse de aquellas situaciones de menor intensidad. El párrafo segundo del artículo primero del Protocolo Adicional II excluye del ámbito de aplicación “situaciones de tensiones internas y disturbios interiores”; su intención no era otra sino fijar de una vez el umbral inferior

72 Respecto a los problemas que suscita la intervención humanitaria, véase Armendáriz, L., “La intervención por razones de humanidad”, Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Mesa sobre Seguridad Internacional, México, febrero de 2004.

73 Artículo 3 común *in fine* dispone que “la aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto”. Las condiciones de aplicación del artículo 3, sin embargo, no son modificadas por el Protocolo II.

74 La capacidad de aplicarlo, no el que efectivamente se haga.

75 Según el Comentario al Protocolo y artículo 3 común (*op. cit.*, nota 33, párr. 4444), la explicación que se dio en 1949 fue que cuando un Estado se compromete sobre la base de un tratado, las obligaciones que de él derivan, surten efectos no sólo para el gobierno sino para los particulares que se encuentren en el territorio nacional, siendo la extensión de los derechos y deberes convencionales idéntica para ambos. Sirva de ejemplo que, en el caso del conflicto armado en Colombia, la guerrilla de las FARC negó estar obligada por el DIH, bajo el argumento de que nunca había manifestado su voluntad de adherirse a este documento, incluso que nadie le había preguntado; García-Peña Jaramillo, D., “Humanitarian Protection in Non-International Armed Conflicts: A case Study of Colombia”, *Israel Yearbook of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers Ed., vol. 30, 2000, pp. 189 y 190. En general, Valencia Villa, H., “El derecho de los conflictos armados y su aplicación en Colombia”, *RICR*, núm. 97, enero-febrero de 1990, pp. 5-17. Contrariamente, puede ser que este tipo de argumentos sean parte de una estrategia de reconocimiento internacional.

de los conflictos internos, lo cual era necesario para conseguir su aprobación.

Ante la falta de una definición en los textos sobre qué debe entenderse por *disturbios y tensiones internas*, el CICR hizo en la primera Conferencia de Expertos Gubernamentales de 1971, la siguiente descripción de disturbios interiores:

Se trata de situaciones en las que sin que haya, propiamente hablando, un conflicto armado sin carácter internacional, existe sin embargo, a nivel interior, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Éstos últimos pueden tener formas variables, que van desde generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en la lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas, para reestablecer el orden interno. El número de víctimas ha hecho necesario la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias.⁷⁶

En las *tensiones internas* por el contrario, el uso de la fuerza es una medida preventiva para mantener el respeto a la ley y el orden, sin que llegue a haber disturbios internos, y que reúne características como las detenciones masivas, los “detenidos políticos”, probables malos tratos, etcétera.⁷⁷

Como ni siquiera son considerados conflictos armados (artículo 1.2 del Protocolo II), tampoco en principio las personas afectadas por tal situación pueden ser protegidas basándose en el artículo 3 común.⁷⁸ No existe, de hecho, un tratado internacional especial que se ocupe de las

76 *Op. cit.*, nota 33, párr. 4475.

77 *Ibidem*, párrs. 4476-4478.

78 Recordemos que el artículo 3 común goza de autonomía respecto al Protocolo II. Mientras que el Protocolo II contempla sólo el tipo de conflicto armado más intenso, el artículo 3 común requiere para su aplicación la existencia de una situación de conflicto armado, pero no exige que el conflicto enfrente al gobierno y a las fuerzas rebeldes, o que éstas controlen efectivamente una parte del territorio. Además, la aplicabilidad del artículo a situaciones de violencia interna podría darse por el camino de su carácter consuetudinario, reconocido por la Sentencia de la CIJ en el Caso Nicaragua v. United States; *op. cit.*, nota 33. Algún autor ha sugerido incluso que la práctica estatal evidencia que, en ocasiones, determinados principios básicos del derecho internacional humanitario convencional se han aplicado a situaciones de violencia interna que no se califican necesariamente como conflictos armados. Véase Vinuesa, R. E., “La formación de la costumbre en el derecho internacional consuetudinario”, artículo publicado en <http://www.cicr.org>, el 30 de julio de 1998.

cuestiones humanitarias que se plantean en las situaciones *de tensiones internas y de disturbios interiores*. Esto no significaría la total desprotección y la no observancia de los derechos fundamentales de la persona;⁷⁹ al contrario, la contemporánea interacción entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario permite cubrir estas zonas grises que no coinciden exactamente con el campo de actuación de ninguno de los dos (al no poder encuadrarse dentro de una situación de paz, ámbito de aplicación típico del derecho de los derechos humanos, ni tampoco alcanzar las dimensiones de un conflicto armado, donde rige el derecho humanitario).⁸⁰

Durante el curso de las negociaciones para la adopción del Estatuto de la CPI, la definición del término “conflicto armado no internacional” fue objeto de un animado debate. El artículo 8.2.d) y f) del estatuto diferencian expresamente el conflicto armado interno y las situaciones de disturbios y tensiones interiores; por lo que queda claro que el concepto de crimen de guerra civil sólo se aplica en conflictos armados internos.⁸¹ Sin embargo, mientras el apartado d) que se refiere a las violaciones del artículo 3 común no contiene ninguna definición positiva del término

79 Incluso, el último “*Recordando*” del protocolo contempla la Cláusula Martens al disponer que “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguarda de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Para un examen acerca de cómo debe interpretarse las nociones de *principios de la humanidad y exigencias de la conciencia pública* me remito a Meron, T., “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”, *American Journal of International Law*, vol. 94, enero de 2000, pp. 78-90.

80 La *Revista Internacional de la Cruz Roja* publicó en 1988 dos propuestas relativas a este tema; la primera estuvo a cargo del profesor Meron, quien redactó un “Proyecto de Declaración-tipo sobre los disturbios y tensiones interiores”, que contemplaba —en un amago de codificación— una serie de normas humanitarias inderogables que se deberían aplicar a dichas situaciones para proteger los derechos fundamentales del individuo; el otro artículo correspondía a Hans-Peter Gasser, asesor jurídico del CICR, que presentaba un “Código de conducta” dirigido a “todas las personas que podrían cometer actos de violencia”, tanto en nombre del gobierno como de los rebeldes. También es interesante destacar la labor que realizó la Universidad de Turku-Abo (Finlandia), que desembocó en la Declaración sobre las Normas Humanitarias Mínimas de 1988; una de las principales peculiaridades de esta declaración radica en las fuentes en las que se basa, entre las que se encuentran no sólo el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, sino en la Jurisprudencia de la CIJ, en el caso *Nicaragua v. United States* de 1986, p. 114; en los artículos citados en la nota previa, en los Principios de Siracusa, Doc. ONU E/CN.4/1984/4 y 7; y en las Normas Mínimas de París adoptada por la Asociación Jurídica Internacional y publicada en *American Journal of International Law*, núm. 79, 1985, pp. 1072 y ss. Véase, Gasser, H. P., “Normas humanitarias para las situaciones de disturbios y tensiones interiores”, *RICR*, núm. 117, mayo-junio de 1993, pp. 226-233.

81 Kress, *op. cit.*, nota 13, p. 117.

“conflicto armado no internacional”, la segunda frase del apartado f) que se refiere a los crímenes listados en el apartado e), muchos de los cuales recogen prohibiciones contenidas en el Protocolo II, se aplica a “los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades y grupos armados organizados o entre tales grupos”. En este punto, uno se pregunta si el conflicto armado no internacional en el que se suscitan los crímenes de guerra del artículo 8.2.c) posee una naturaleza distinta al conflicto en el que se cometen los crímenes del apartado e). Más bien, la cuestión es, no si el conflicto armado debe tener una duración mínima, sino si el concepto de conflicto armado presupone *la existencia* de una violencia armada prolongada.⁸² Hacia esta última opción se inclinaron ambos tribunales *ad hoc*, definiendo también, respecto al artículo 3 común,⁸³ un conflicto armado interno como “violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado”.⁸⁴

En mi opinión, el requisito de la *duración prolongada* fue establecido exclusivamente para resolver las controversias suscitadas alrededor de los crímenes de guerra del apartado e), donde determinadas delegaciones querían incluir, para el conflicto armado en el que se producían, el umbral de aplicación que dispone el Protocolo II.⁸⁵ La intención no era modificar el umbral de aplicación del artículo 3 común, de hecho, el apartado f) no lo cita textualmente. Por lo tanto, el conflicto armado requerirá una violencia prolongada previa, sólo para los crímenes enumerados en el apartado e), mientras que, a falta de definición en cuanto al conflicto interno donde se desarrollan los crímenes listados en el apartado c), ha-

82 *Ibidem*, p.118.

83 Caso Akayesu, *op. cit.*, nota 26, parágrafo 619.

84 *Tadic 95*, primera instancia, IT-94-I-AR72, parágrafo 70.

85 Su artículo 1 dice: “El presente Protocolo se aplicará a todos los conflictos armados... 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 y aplicar el presente Protocolo”. Dentro de la lista de crímenes del artículo 8.2.e) figuran, como ya analizamos (*supra* epígrafe II, 4), otras prohibiciones además de las contenidas en el Protocolo II por lo que aplicar dicho umbral hubiera significado frenar la competencia de la corte, ya que las condiciones de aplicación del Protocolo II son tan estrictas que ninguno de los conflictos armados internos actuales parece cumplirlas. Concretamente, la progresión del actual umbral establecido por el estatuto respecto de Protocolo II se encuentra en que van a ser inculminadas, también, las violaciones cometidas en un conflicto suscitado entre dos grupos no estatales.

brá que acudir a la letra de los Convenios de Ginebra y definir el conflicto por negación, es decir, demostrando que dicho conflicto armado no es de carácter internacional.⁸⁶ Hubiera sido deseable, desde luego, una definición más clara que pusiera punto final a esta controversia.

2. *El nexo entre el acusado y las fuerzas armadas*

Aunque este es un requisito señalado únicamente por el TPIR (en el caso *Kayishema* y *Ruzindana*), es esencial en los conflictos suscitados en el interior de un país donde la mayoría de las personas civiles se hallan en el área donde se suceden las operaciones militares, y este nexo sería la única forma de conectar un acto con el conflicto armado. En un conflicto armado interno la población civil tiende a defenderse de los ataques indiscriminados, a veces incluso, de formas especialmente crueles dada la tensión que existe en estas situaciones. Pues bien, la conexión necesaria que debe tener un presunto autor con las fuerzas armadas ayuda a distinguir el crimen de guerra propiamente dicho con un delito de derecho común, que puede haberse suscitado temporalmente dentro del conflicto armado pero que no tiene relación con él. Es pues, la antesala del requisito relativo a la conexión entre el acto y el conflicto armado, que analizaremos a continuación. Sin embargo, tal y como se ha señalado, esta condición “limita la *clase de perpetradores* del crimen de guerra civil”,⁸⁷ y hubiera sido deseable que este requisito se razonara con más detalle sobre todo si tomamos en consideración que ni el Estatuto de la CPI ni el documento relativo a los “Elementos de los Crímenes” limita explícitamente la clase de sujetos activos que pueden cometer el crimen de guerra.⁸⁸

Es posible determinar, sin embargo, responsables de violaciones (al artículo 3 común y al Protocolo II) a aquellas personas que no pertenecieran a las fuerzas armadas de una de las partes en conflicto, siempre y cuando se comprobara la existencia de un nexo entre dichas personas y las fuerzas armadas.⁸⁹ Por ejemplo, ciertos funcionarios públicos que

86 Otra cosa es que, tal y como Claus Kress declara, el *test* de la violencia prolongada sea otra manera de declarar que la violencia debe de haber alcanzado el nivel donde el “Gobierno legal sea obligado a recurrir a las fuerzas armadas regulares” para frenar la insurrección; Kress, *op. cit.*, nota 13, p. 119. Y que dicho recurso evidencia la existencia de un conflicto armado que el gobierno legal no puede negar para justificar la aplicación de leyes de mantenimiento de la seguridad pública.

87 *Ibidem*, p. 123.

88 *Idem*.

89 Caso *Akayesu*, *op. cit.*, nota 26, párrafo 633.

no pertenecen, oficialmente hablando, a las fuerzas armadas pero que realizan funciones que *de iure o de facto* sirven para apoyar a reforzar a las operaciones militares.⁹⁰

En definitiva, este nexo implica que son las “partes en conflicto” quienes son responsables por las violaciones de las disposiciones del artículo 3 común.⁹¹

3. *El nexo entre la conducta criminal y el conflicto armado*

La conexión necesaria entre el crimen y el conflicto armado es de crucial importancia si tenemos en cuenta que el artículo 3 común y el Protocolo II son instrumentos destinados a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

El TPIR lo consideró “axiomático” para el concepto de crimen de guerra civil en el caso Celebici.

Dado que los crímenes de guerra civil están inevitablemente ligados a las violaciones del artículo tercero común y del Protocolo II, una conducta puede caer fuera de su ámbito de aplicación si no se demuestra que la conducta estaba relacionada con móviles del conflicto armado o bien que fue guiada por razones personales. Así ocurrió en el citado caso Yakishema y Ruzindana donde el fiscal no pudo demostrar que sus acciones estaban vinculadas al conflicto armado, lo cual no impidió que los acusados fueran hallados culpables de genocidio.

Se trata por lo tanto del criterio que distingue un delito común de un crimen de guerra. Y que conlleva que un crimen dé lugar a la aplicación del derecho internacional humanitario y caiga así en la jurisdicción de un tribunal internacional, si es el caso.⁹²

90 También se cumpliría con este nexo, aunque la comisión de los actos suceda fuera del teatro de las hostilidades militares; *ibidem*, parágrafo 176.

91 El Tribunal Internacional para Rwanda lo explicó de la siguiente manera: “The ability of the RPF as a dissident armed force to implement legally binding international instrument is considered in Protocol II as a fundamental criteria in order to recognise the non-international character of the armed conflict. The ability of the governmental armed forces to comply with the provisions of such instruments is axiomatic. In the instant case, the two armies were well organised and participated in the military operations under responsible military command. Therefore, based on article 6(1) of the ICTR Statute, it could be concluded that the appropriate members of the FAR and RPF shall be responsible individually for violations of Common Article 3 and Protocol II, if factually proven”; *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, IT-96-21-T, parágrafo 193.

92 *Caso Tadic 95, op. cit.*, nota 84, parágrafo 572.

En los “Elementos de los Crímenes” de la CPI se exige, como ya dijimos, que la conducta “haya estado relacionada con” el conflicto armado no internacional; esto significa que incluso la conducta que tiene lugar tras el cese de las hostilidades puede considerarse como crimen de guerra interna.⁹³

¿Pero que debe entenderse por “nexo”? ¿Cómo puede especificarse en qué consiste el nexo requerido? Para responder éstas cuestiones debemos acudir al *case law* de los tribunales para la ex Yugoslavia y Rwanda; en los diversos casos tratados en éstas jurisdicciones es fácil observar como se concreta este requisito del nexo entre la conducta criminal y el conflicto armado, ya que se utilizó una lógica concreta basada en los hechos y no en elementos abstractos. El propio Tribunal para Rwanda lo especificó en el sentido de que “no test... can be defined *in abstracto*”, es decir, que se trata más bien de definir específicamente el contenido de las palabras “en el contexto de”, y “clarify the situation in a proper way”.⁹⁴ En Tadic 1995 se declaró, en relación, que bastaría con que el crimen alegado estuviera muy de cerca relacionado a las hostilidades que se lleven a cabo en partes del territorio controladas por las *partes* en conflicto;⁹⁵ pero que ésta relación no exige que se sitúe dentro de una política o práctica tolerada y dirigida por una de las partes en conflicto, o que el acto necesite ser parte de una política asociada con la conducción de la guerra.⁹⁶

Algún analista ha concluido que, basándose en las delimitaciones dadas por el Tribunal Internacional para Rwanda, el elemento común de los “Elementos de los Crímenes” (el nexo) se dirige más bien a excluir los actos cometidos por puras razones personales.⁹⁷ Incluso en la sección de “Introducción” a los crímenes de guerra del documento de los EC se afir-

93 Dörman, K., “Crímenes de guerra en los ‘Elementos de los crímenes’”, en Kai, Ambos (coord.), *La nueva justicia penal supranacional*, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 114. Sin embargo, el agregado de las palabras “en relación con” en los “EC” fue de gran controversia y se argumentó sobre su redundancia al estar entendidas en el requisito de “el contexto de”. Véase Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Proyecto de Texto Definitivo de los Elementos de los Crímenes. Introducción al artículo 8. Crímenes de guerra, párrafo 1o. En general, Dörman, K., “War Crimes in the Elements of War Crimes”, en Fisher, H. *et al.* (eds.), *International and National Prosecution of Crimes Under International. Current Developments* 95, 2001.

94 *Op. cit.*, nota 66, parágrafo 188.

95 Caso *Tadic* 95, *op. cit.*, nota 84, parágrafo 70.

96 *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgment, Case No. IT-94-1-T, ICTY*, Trial Chamber II, 7 de mayo de 1997, parágrafo 573.

97 Dörman, K., *op. cit.*, nota 93 *in fine*, p. 103.

ma que los elementos de los crímenes de los apartados c) y e) del artículo 8, esto es, las violaciones del artículo 3 común y de otras violaciones de las leyes y usos de la guerra, aparte de éstas, “están sujetos a las limitaciones indicadas en los apartados d) y f) de ése párrafo...” que versan sobre los límites a la competencia de la corte. La intención fue evitar que la corte conociera de aquellas conductas cometidas en situaciones que no llegaban a alcanzar el umbral de un conflicto armado no-internacional, esto es, situaciones como los disturbios y tensiones interiores. No tiene competencia por tanto, para conocer sobre conductas no relacionadas con un conflicto armado no-internacional, ni que se hallen fuera de su contexto.⁹⁸

4. *El conocimiento del autor sobre la existencia del conflicto armado*

Este requerimiento surge de la premisa de que un crimen de guerra interna es mucho más grave que su conducta análoga en tiempos de paz. La mayoría de los Estados manifestó durante los debates para la adopción del documento de los “Elementos de los Crímenes” que es precisamente la existencia de un conflicto armado lo que diferencia el crimen de guerra (de asesinato, por ejemplo) del delito de derecho común (de asesinato), aunque esto es obvio, ya que un crimen de guerra, por definición, es aquel cometido en tiempo de guerra y que viola las leyes y las costumbres que la rigen; sin embargo su importancia va más allá. Para algunos,⁹⁹ el conflicto armado no-internacional suponía sólo un elemento para la delimitación de la competencia jurisdiccional, mientras que para la otra *escuela*¹⁰⁰ era esencial además, otro requerimiento mental sin rechazar la importancia jurisdiccional que tiene la existencia del conflicto armado. Argumentaba, ésta última, que efectivamente “el exceso de criminalidad” que tiene el crimen de guerra, y que lo hace peor que el delito común, radica en que se comete en tiempo de guerra (cuando el conflicto armado sea un elemento sustantivo, si se toma en este sentido).¹⁰¹ Por esto, el presunto perpetrador de la conducta debe ser consciente en el

98 *Ibidem*, p. 151.

99 Es el caso expuesto por Dörman. *Idem*.

100 El autor Claus Kress equipara los dos posicionamientos con el surgimiento de dos escuelas de pensamiento: una, la escuela jurisdiccional, y la otra, la escuela mixta sustantiva-jurisdiccional; Kress, *op. cit.*, nota 13, p. 126.

101 *Idem*.

momento de su comisión del contexto, tan grave, en el que se está cometiendo. Así es como ha prevalecido en los “Elementos de los Crímenes”, de manera correcta, al constar como elemento común en todos los crímenes de guerra.¹⁰²

El Comité Preparatorio del documento de los EC discutió muy intensamente si el *elemento de la intencionalidad*¹⁰³ debía exigirse para el elemento descriptivo del contexto, y en tal caso, qué nivel de conocimiento debía exigirse, puesto que se consideraba muy estricto el grado de conciencia previsto en el artículo 30. Aplicar en su globalidad el artículo 30 implicaba que el presunto autor del crimen debía ser consciente de la existencia del conflicto armado, además de su carácter internacional o no-internacional. Finalmente, si acudimos a la introducción que consta para los crímenes de guerra al inicio del artículo 8, se aclara (para el elemento de la intencionalidad y el elemento descriptivo del contexto) que:

No se exige que el autor hay hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional.

En ese contexto, no se exige que el autor tenga conocimiento de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no-internacional;

Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que haya determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de... y haya estado relacionada con él”.

Por lo tanto, si a primera vista el elemento de la intencionalidad tal y como está definido en el artículo 30 crea la impresión de que requiere un conocimiento completo de las circunstancias de hecho que determinan el conflicto armado, finalmente se atenúa por esta explicación de la “Introducción” que indica “que el autor solamente necesita estar consciente de algunas circunstancias de hecho que determinen la existencia de un con-

102 “4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”, “Elementos de los Crímenes”, *op. cit.*, nota 67.

103 Se exige, por lo tanto, además de los elementos materiales del crimen, o *actus reus*, el elemento de la intencionalidad, o *mens rea*, para que una persona sea penalmente responsable. En concreto, el artículo 30 del Estatuto de la CPI establece que el sujeto debe actuar “con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”, entre los cuales, como elemento común a todos los crímenes de guerra, se encuentra el conocimiento de las circunstancias de hecho que establecía la existencia de un conflicto armado interno.

flicto armado, pero no de todas las circunstancias de hecho que permitirían a un juez concluir que un conflicto armado se ha llevado a cabo”.¹⁰⁴

En último lugar, el artículo 32 del Estatuto de la CPI instituye como causa eximente de la responsabilidad penal, el error de hecho y el error de derecho sólo si tal error implica la desaparición de este elemento de la intencionalidad.

Podemos decir entonces que para tener la intención de cometer un crimen de guerra, en nuestro caso el crimen de guerra interna, es necesario previamente conocer que existe el conflicto armado; es necesario además, que al tener conocimiento del conflicto se quiera cometer el crimen igualmente, es decir, se tenga la intención.¹⁰⁵ De este modo, si tomamos como base en este punto el artículo 32 del estatuto, se llega a la conclusión de que el “no conocimiento” por parte del autor de la existencia del conflicto (por un error de hecho, por ejemplo) hace que desaparezca la intención de cometer el crimen de guerra, que no se genere la responsabilidad penal individual y por ende no se configure el crimen de guerra en cuestión.

Por último, algún autor ha mencionado la importancia sobre una reflexión “moral” acerca de por qué del “exceso de gravedad” del crimen de guerra (respecto de su análogo, en tiempo de paz); que implica añadir otras reflexiones.¹⁰⁶ En primer lugar, si la gravedad *extra* que posee el crimen de guerra debe traducirse en un aumento de su pena respecto a su equivalente en tiempos de paz; en segundo lugar, hay que preguntarse si las consecuencias de este crimen que nos ocupa son más peligrosas y relevantes, y pueden llevar a un “riesgo de escalada” y obstruir la restauración de una paz duradera (especialmente, pero no sólo en los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática); y por último, si efectivamente el daño que se produce por la comisión de un crimen de guerra interna no sólo lo es para la víctima, sino que viola intereses colectivos al dificultar enormemente la restauración de la paz .

104 Dörman, K., *op. cit.*, nota 93, p. 117.

105 Podemos decir que el elemento intencional incluye, por lo tanto, el requisito del conocimiento.

106 Kress, *op. cit.*, nota 13, pp. 126 y 127.

IV. CONCLUSIONES

El hecho de que el crimen de guerra posea un tratamiento diferente según se dé en un conflicto armado internacional o en uno interno continúa ocasionando espinosos problemas en el camino a su sanción. Más, si tenemos en cuenta que el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos internos es bastante problemático por cuanto no ofrece una definición clara de esta clase de conflictos, no establece propiamente la categoría de “crímenes de guerra”, y no vincula a los Estados parte en sus instrumentos con la obligación de adecuar sus sistemas legislativos para una correcta penalización.

Gracias a la inestimable ayuda de la jurisprudencia de los tribunales internacionales se han dibujado las directrices que se considera debe seguir un crimen de guerra cometido en un conflicto armado interno, sus condiciones ineludibles y lo más importante, se ha corroborado su existencia.

No puede negarse el valor que posee el artículo 8.2 del estatuto como instrumento de incriminación de las violaciones DIH aplicable a los conflictos armados internos; de hecho, es la primera vez que se califican como “crímenes de guerra”. Supone, a su vez, un compendio del contenido del derecho internacional consuetudinario, si bien parcialmente incompleto. Incluso se trata de un instrumento progresista, por cuanto no exige, para distinguir el conflicto armado no internacional, que los grupos armados ejerzan un grado de control tal que sean capaces de llevar a cabo operaciones militares sostenidas, o que sean capaces de aplicar los instrumentos jurídicos humanitarios; lo cual permitirá que la corte ejerza la jurisdicción en un mayor número de casos.

En algunos aspectos, se hubiera esperado sin embargo, una definición de los crímenes de guerra interna más amplia. Es el caso del crimen de hacer padecer hambre a la población civil, o de la incriminación del uso de ciertas armas. Incluso, era de esperar que finalmente se trazara una línea divisoria clara entre los conflictos armados internacionales y no internacionales.

El documento de los EC ha sido la gran oportunidad de definir más específicamente los tipos penales y eliminar vacíos legales que normalmente se suscitan al situar tales conductas en situaciones de guerra. Pero sorprendentemente, en este afán clarificador, se ha caído en una redacción a veces borrosa. La introducción de nuevos elementos a veces com-

plica la tipificación del crimen (por ejemplo, el caso del crimen de guerra de sometimiento a experimentos médicos), o por el contrario, la falta de exhaustividad puede abrir la puerta a una interpretación excesivamente abierta (es el caso del crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales).

Sin embargo, puede concluirse que su adopción ha colmado el vacío que posee el Protocolo Adicional II y el artículo 3 común de un sistema de persecución y represión permanente; lo cual, no significa, tal y como en él se dispone,¹⁰⁷ que se limite o menoscabe las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional. Muy al contrario, dado su carácter complementario, es de esperar que los sistemas penales nacionales colmen estas lagunas.

107 Artículo 10 del Estatuto de la Corte.