

El Sistema de Eficacia del Derecho Internacional Humanitario. Especial Referencia a la Corte Penal Internacional

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General, Cruz Vermelha Espanhola.

Resumo

O Sistema de Eficácia do Direito Internacional Humanitário. Referência Especial ao Tribunal Penal Internacional

O maior desafio que apresentam os conflitos armados atuais é o cumprimento das normas do Direito Internacional Humanitário. Existem, no entanto, um conjunto de mecanismos de salvaguarda dos direitos das vítimas. Ao nível nacional este consiste na responsabilidade dos Estados, no direito penal nacional pelos crimes de guerra e a difusão e intervenção das Nações Unidas. O sistema internacional baseia-se no poder de proteção, no mandato do Comité Internacional da Cruz Vermelha, no procedimento de “apuramento” e no processo internacional de crimes de guerra. Um passo decisivo no sistema de eficácia do Direito Internacional Humanitário significou o Estatuto do Tribunal Penal Inter-

nacional, com competência para julgar crimes de guerra. Conclui-se que a mera existência das regras do Direito Internacional Humanitário e a possibilidade de processar os responsáveis pelas suas graves violações constituem um passo positivo para um cumprimento aceitável deste sistema normativo.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário; Vítimas da Guerra; Convenções de Genebra; Protocolos Adicionais; Responsabilidade dos Estados; Difusão do Direito Internacional Humanitário; Comité Internacional da Cruz Vermelha; Crimes de Guerra; Tribunais Penais Internacionais; Tribunal Penal Internacional e Estatuto de Roma.

Abstract

The Enforcement System of International Humanitarian Law. Special Reference to the International Criminal Court

The biggest challenge of current armed conflicts is the compliance with the norms of International Humanitarian Law. There are, however, mechanisms to safeguard the rights of victims. At national level, there is the responsibility of States, the national criminal law for war crimes and the dissemination and intervention of the United Nations. The international system is based on the power of protection, the International Committee of the Red Cross's mandate, the "fact-finding" procedure and the international war crimes process. A decisive step in the system of effectiveness of International Humanitarian Law meant the Statute of the International Criminal Court, with jurisdiction to prosecute war crimes. It is concluded that the mere existence of the rules of interna-

tional humanitarian law and the possibility of prosecuting those responsible for their serious violations constitute a positive step towards an acceptable compliance with this regulatory system.

Keywords: *International Humanitarian Law; War Victims; Geneva Convention; Additional Protocols; States' Responsibility; International Humanitarian Law Diffusion; International Committee of the Red Cross; War Crimes; International Criminal Courts; International Criminal Court and the Rome Statute.*

Artigo recebido: 18.03.2022

Aprovado: 25.04.2022

<https://doi.org/10.47906/ND2022.161.07>

I. Introducción

A. Portico

En materia de Derecho Internacional Humanitario (DIH), siempre es momento oportuno para preguntarnos por el grado de compromiso de los Estados, otros organismos internacionales y grupos no estatales, por el respeto y su aplicación en los conflictos armados contemporáneos.

En efecto, como afirma el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Informe Conferencia XXXIII, 2019), se ha observado en los últimos años un número considerable de violaciones alarmantes y atroces del DIH, que han cuestionado su capacidad para proteger a las víctimas de los complejos conflictos armados actuales. Sin embargo, se añade, muchos de los beligerantes en el mundo se atienen a las normas y el DIH sigue rigiendo su comportamiento: *Protege a las víctimas e impone límites en la conducción de las hostilidades*. No siempre son visibles sus logros diarios, pero cada caso evidencia que se respetan sus normas.

Entre los principales desafíos (CICR, 2019) que los conflictos armados presentan al DIH, particularmente en relación con la población civil (urbanización de los conflictos armados, nuevas tecnologías de guerra, necesidades de la población civil durante los conflictos, grupos armados no estatales, terrorismo, cambio climático y medio ambiente), destaca como como reto esencial, el fortalecimiento del respeto y cumplimiento del DIH.

En efecto, el mayor desafío que presentan los conflictos armados actuales es, sin duda, el cumplimiento de las normas del DIH. No faltan normas (hasta el punto de que algunas, como los Convenios de Ginebra de 1949, han alcanzado la universalidad) sino la voluntad de cumplirlas por las partes en conflicto. Naturalmente, el sistema de eficacia previsto convencionalmente no alcanza el carácter ejecutivo inherente a las normas internas.

Por tanto, ante las frecuentes violaciones de las normas protectoras de las víctimas de los conflictos armados, cabe preguntarse sobre la eficacia de los preceptos jurídicos previstos para su aplicación. Para responder a este interrogante, diremos que existen una serie de mecanismos establecidos para salvaguardar los derechos de las víctimas.

Estos mecanismos pueden dividirse en un Sistema Nacional y en un Sistema Internacional. Ambos se basan en el llamado trípode de la eficacia:

1°. Legislación. Es decir, existencia de normas (tanto internacionales como internas) claras, precisas, indiscutibles y universales o ratificadas por la mayoría de los Estados e implementadas en el derecho interno.

2°. Difusión. La mayoría de las infracciones se derivan de su desconocimiento por los llamados a aplicarlas en los conflictos armados. Es necesaria una constante

labor de formación y que las normas no sean solo conocidas sino interiorizadas por los obligados a cumplirlas.

3°. Jurisdicción. Significa la lucha contra la impunidad de los crímenes de guerra, a través de del enjuiciamiento con todas las garantías de los presuntos responsables en los Tribunales nacionales o internacionales.

B. El Panorama Actual: Desprotección de las Víctimas de la Guerra

Sigue siendo cierto lo que afirmó en su día el Secretario General de las Naciones Unidas (Naciones Unidas, 2015), a pesar de las mejoras en el ámbito normativo (Resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Presidencia, así como mandatos de las misiones de mantenimiento de la paz), la tarea de proteger a los civiles sobre el terreno se ha caracterizado más por sus fracasos que por sus éxitos. Según este informe el estado general de la protección de las víctimas es desalentador, estudiando los casos de Afganistán, República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Iraq, Libia, Malí, Myanmar, Nigeria, Territorio Palestino Ocupado, Pakistán, Somalia, Sudán del Sur, Sudán, República Árabe Siria, Ucrania y Yemen.

Así en la Resolución 2 *“Fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario”*, aprobada en la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de Media Luna Roja (Ginebra, 2015) se destaca la imperiosa necesidad de un mayor respeto del DIH reconocida por todos los Estados como un reto permanente y esencial. Añadiendo que *“...cabe hacer más para abordar las deficiencias y lagunas existentes en la aplicación del derecho internacional humanitario, incluso por partes no estatales en los conflictos armados”*.

En la Resolución 1 *“Acercar el DIH: hoja de ruta para una mejor implementación del DIH a nivel nacional”* de la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 9-12 de diciembre de 2019) se propone (Resolución Conferencia XXXIII, 2019) la aprobación a nivel interno de medidas apropiadas para lograr una mayor eficacia.

C. Una Oportunidad Perdida

Uno de los temas nucleares de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 8-10 de diciembre de 2015) fue la presentación en el Comité de Redacción del Proyecto de Resolución *“Fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario”*, conocida como la Iniciativa de Suiza y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Al no aprobarse tal Resolución se ha perdido una oportunidad para mejorar la protección de las víctimas de la guerra, especialmente de la población civil. El mecanismo solo suponía un modesto paso adelante para mejorar la aplicación de las normas existentes, dado el carácter voluntario de las Reuniones de Estados y los informes periódicos estatales, pero ni siquiera esta moderada iniciativa ha logrado el consenso de la Comunidad Internacional, por evidentes motivos políticos que han primado sobre las razones humanitarias. Las ventajas que la Reunión de Estados podría aportar al cumplimiento del DIH se concretarían en el establecimiento de un foro universal donde, de forma periódica, se pudiera analizar la respuesta estatal a los desafíos que los conflictos armados actuales presentan a la asistencia humanitaria de sus víctimas.

No podemos sino lamentar – como ha hecho el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR, 2015) que los Estados no hayan logrado acuerdo para establecer un mecanismo para fortalecer el cumplimiento del DIH. Peter Maurer, Presidente del CICR, advirtió que *“El derecho internacional humanitario se infringe prácticamente todos los días, en todos los conflictos del mundo”*, por lo que concluyó *“Decepciona que los estados no hayan logrado un acuerdo en torno a la propuesta original, que abordaba todas las preocupaciones planteadas durante el proceso de consultas”*.

D. La XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

Hizo concebir una cierta esperanza que en los documentos (Documentos Conferencia XXXIII, 2019) preparatorios de la XXXIII Conferencia Internacional de 2019, después de preguntarse *¿Cómo podemos ejercer una mayor influencia en favor del respeto del DIH?*, se aluda como tema *“en el candelero”* los informes voluntarios e intercambio de prácticas idóneas, formulando las siguientes cuestiones: *¿Cuáles son los beneficios que podrían obtenerse de la elaboración de un informe voluntario sobre la implementación del DIH a nivel nacional? ¿Qué información contendría, un informe voluntario?*

Sin embargo, la citada Resolución 1 (Resolución Conferencia XXXIII, 2019) *“Acercar el DIH: hoja de ruta para una mejor implementación del derecho internacional humanitario a nivel nacional”* de la mencionada XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, Suiza, 9-12 de diciembre de 2019) se limitó, como indica su título, a establecer una hoja de ruta que se concreta a nivel nacional, sin incidir ni aprobar el sistema de aplicación de nivel internacional a que se refería la llamada iniciativa Suiza y del CICR, que se concretó en una Propuesta de Resolución *“Fortalecimiento del cumplimiento del DIH”*, fracasada en la XXXII Conferencia Internacional (2015).

La Resolución 1 aprobada en la citada XXXIII Conferencia Internacional de 2019, en su parte dispositiva ofrece, entre otras, las siguientes medidas recomendadas:

- Exhorta a los Estados a que adopten las medidas legislativas, administrativas y prácticas necesarias en el plano nacional para implementar el DIH,
- Reconoce los esfuerzos y las iniciativas de los Estados para difundir el DIH, mediante acciones de sensibilización de personas civiles y personal militar, así como de mecanismos de implementación,
- Alienta enérgicamente a los Estados para integrar aún más el DIH en la doctrina, la educación y la formación militares y en todos los niveles de planificación y de toma de decisiones en el ámbito militar, a fin de que el DIH se incorpore plenamente en la práctica militar y se refleje en los valores militares,
- Recuerda la importancia de la disponibilidad de asesores jurídicos dentro de las fuerzas armadas de los Estados para que presten asesoramiento sobre la aplicación del DIH,
- Alienta la cooperación con académicos y profesionales para difundir el DIH con eficacia, prestando particular atención al personal militar, funcionarios públicos, parlamentarios, fiscales y jueces,
- Continuar difundiendo el DIH al público en general, incluidos los jóvenes,
- Insta a proteger a las personas más vulnerables afectadas por los conflictos armados, como mujeres, niños y personas con discapacidad,
- Recuerda las obligaciones de las Altas Partes Contratantes en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional I de promulgar todas las medidas pertinentes para determinar sanciones penales eficaces que se han de aplicar a personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, infracciones graves contra los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I, así como de adoptar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las normas de los mencionados Convenios u otras obligaciones aplicables del DIH, y
- Recuerda las obligaciones que incumben a las Altas Partes Contratantes en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional I de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y de hacer comparecer a tales personas, sea cual fuere su nacionalidad, ante los propios tribunales o, de conformidad con las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por la otra Parte Contratante concernida, a condición de que haya formulado acusaciones debidamente fundadas.

II. El Sistema Actual de Eficacia: la Respuesta del Derecho Internacional Humanitario Ante la Impunidad

Como es bien conocido, de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales, se deriva un sistema de eficacia para el cumplimiento de las normas del DIH, aplicación que se refuerza por la tipificación de los crímenes de guerra en los ordenamientos penales estatales y por la existencia de Tribunales Penales Internacionales, en particular la Corte Penal Internacional. Los mecanismos (Pérez González, 2017) normativos para la eficacia del Derecho Internacional Humanitario, como hemos escrito antes, se basan en un sistema nacional y otro internacional.

A. El Sistema Nacional

1. La Responsabilidad Primera y Colectiva de los Estados: Respetar y Hacer Respetar el Derecho Internacional Humanitario

En primer lugar, las Altas Partes contratantes se comprometen (Boisson y Condo-relli, 2000) no sólo a respetar las normas humanitarias, sino a hacerlas respetar en todas las circunstancias (art.1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I de 1977). Asumen así, los Estados, la responsabilidad colectiva de procurar que las normas sean también respetadas por los otros Estados partes en un conflicto armado. Se trata de una obligación doble (respetar y hacer respetar, naturalmente sin violar la prohibición del uso o amenaza de la fuerza establecida en la Carta de las Naciones Unidas), universal (todos los Estados de la Comunidad internacional son partes en los Convenios de Ginebra de 1949 y la mayoría en los instrumentos internacionales de DIH) e incondicional, es decir, intransgredible (como afirmó el Tribunal Internacional de Justicia) y no sujeta a reciprocidad (se debe cumplir “en todas las circunstancias”, art. 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949).

Por otra parte, los Estados tienen la obligación convencional de incorporar las normas del DIH a su ordenamiento interno (implementando sus reglas en el derecho nacional) y de adoptar las medidas oportunas para que puedan ser observadas y aplicadas en caso de conflicto armado.

2. La Represión Penal Interna de los Crímenes de Guerra

No faltan autores que consideran que el instrumento más eficaz para garantizar el cumplimiento del DIH es la obligación de los Estados Partes en los cuatro

Convenios de Ginebra de 1949 y en Protocolo I Adicional de 1977, de incriminar las infracciones graves previstas en los mismos, determinando las adecuadas sanciones penales en los Códigos comunes o militares aplicables.

Otras normas de DIH, como el Convenio de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus Protocolos adicionales, establecen la misma obligación.

Responde al cumplimiento de este deber convencional la tipificación contenida en los artículos 608 a 616 del Código Penal español de 1995 (modificado en los años 2003 y 2010), que castiga los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (Pignatelli Meca, 2017), a los que se remite también el Código Penal Militar de 2015 (Rodríguez-Villasante, 2017).

Asimismo, de acuerdo con los Convenios de Ginebra de 1949, los Estados tienen el derecho y la obligación de ejercer la jurisdicción universal (Martínez Alcañiz, 2015) en sus Tribunales nacionales respecto de las infracciones graves (crímenes de guerra) definidos en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo I Adicional de 1977, aunque se hubieren cometido fuera de su territorio y el presunto culpable no tuviera su nacionalidad (artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente y 85 de su Protocolo I Adicional). En España, la Ley Orgánica 1/2014, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial limita este deber convencional.

Forma parte de este sistema penal, la atribución de responsabilidad (dolosa o culpable) a los superiores por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados, cuando han omitido las medidas necesarias para impedirlos o no han exigido las responsabilidades correspondientes, que los constituye en garantes de la conducta de quienes están bajo su mando o control. Se basa en los artículos 86 y 87 del Protocolo I de 1977 y artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En Derecho español se establece en el artículo 615 bis del Código penal.

El sistema de reparaciones. El éxito o fracaso del enjuiciamiento (por Tribunales internacionales o nacionales) de los individuos culpables de crímenes de guerra, es independiente de la responsabilidad del Estado infractor que debe compensar el daño causado en forma de "reparaciones". La Parte en conflicto que violare las disposiciones convencionales del DIH, estará obligada a indemnizar y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus Fuerzas Armadas (artículo 91 del Protocolo I de 1977).

3. La Difusión del Derecho Internacional Humanitario

En el actual estado del DIH, ya no faltan reglas sino más bien la voluntad de observarlas. El grado actual de cumplimiento del DIH guarda relación con la difusión de

estas normas, particularmente entre los llamados a aplicarlas (Resolución Conferencia XXXIII, 2019).

Hay que destacar la importancia de una labor adecuada de difusión, pues se ha demostrado que muchas infracciones tienen su origen en la ignorancia de las normas del Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados. El artículo 83 del Protocolo Adicional I de 1977 establece el compromiso de los Estados para difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, los convenios (de Ginebra de 1949) y el presente Protocolo, especialmente incorporado su estudio en los programas de instrucción militar y fomentado su estudio por parte de la población civil. A esta labor se ha dedicado desde su creación el Centro de Estudios de DIH de la Cruz Roja Española.

No es ajena a esta obligación la existencia de Manuales de Derecho Internacional Humanitario o Derecho de los Conflictos Armados, elaborados para uso de las Fuerzas Armadas. En España se han publicado el Manual de Orientaciones Derecho de los Conflictos Armados del Ejército de Tierra (actualmente en proceso de revisión), el Manual de Derecho del Mar (2016) y el Manual de Derecho Internacional Humanitario aplicable a la Guerra Aérea (2021).

Los asesores jurídicos de las Fuerzas Armadas. Conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, los Estados en todo tiempo y, en particular en tiempo de conflicto armado, cuidarán que se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación del DIH.

En España el asesoramiento jurídico en esta materia corresponde exclusivamente al Cuerpo Jurídico Militar. El artículo 37 de la Ley 39/2007, de la carrera militar dispone: *“Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar...tienen como cometidos los de asesoramiento jurídico y los que conforme al ordenamiento jurídico les correspondan en la jurisdicción militar”*.

Se entiende por asesoramiento jurídico la emisión de informe técnico en Derecho, verbal o escrito, sobre cuestión sometida a consulta por la autoridad, mando u órgano competente o en virtud de precepto legal o reglamentario. Comprende, entre otras funciones, el informe jurídico en los procesos de planeamiento de la Defensa Nacional y en la aprobación de las disposiciones en las estructuras operativas y orgánicas de las Fuerzas Armadas. Determina la prestación como asesor jurídico en una operación militar, ya sea en territorio nacional o desplegado en el extranjero en operaciones internacionales.

En 2007 se ha creado por Real Decreto 1513/2007, la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario, como órgano asesor del Gobierno en esta materia. Asesorará al Gobierno en relación con las normas contenidas en los Convenios de Ginebra, sus Protocolos Adicionales y otros instrumentos de DIH en los que el Reino de España sea Parte, así como sobre la posible ratificación por España de

nuevos Tratados internacionales en la materia y medidas que deben adoptarse para asegurar la aplicación y difusión de las normas de DIH.

4. La Intervención de la Organización de las Naciones Unidas

No es, desde luego, desdeñable el papel de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el desarrollo del DIH (Resolución 2.444/1968), del Consejo de Seguridad en la prevención y humanización de la guerra e injerencia humanitaria, así como la del Secretario General ante las partes en conflictos para recordarles la necesidad de observar las normas del DIH.

Conforme al artículo 89 del Protocolo Adicional I, en los casos de violaciones graves de las normas de DIH, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas y conforme a la Carta.

El derecho de acceso a las víctimas de la guerra, las medidas o sanciones internacionales, el deber de no obstaculizar arbitrariamente el envío de la ayuda humanitaria (en particular para la población civil), el sistema de la responsabilidad de proteger y los mecanismos de rendición de cuentas establecidos por diversos órganos, organizaciones o instituciones en el ámbito de las Naciones Unidas, conforman este deber estatal de cooperar con las Naciones Unidas en la protección de las víctimas de la guerra. El fundamento más sólido deriva de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cuando determina que las violaciones graves del DIH afectan a la paz y seguridad internacionales.

B. El Sistema Internacional

1. La Institución de la Potencia Protectora

La Potencia Protectora es un Estado neutral que, designado por un Estado que participa en un conflicto armado y aceptado por la parte adversa, está dispuesto a velar por el respeto del DIH y salvaguardar los derechos de las víctimas del conflicto (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, internados civiles, personas en poder de la parte adversa o miembros de la población civil), particularmente de los prisioneros de guerra y de los internados civiles del Estado que representa. Es normal que exista una potencia protectora para cada parte en el conflicto. Sus funciones específicas son, entre otras, facilitar los acuerdos de canje de prisioneros, el establecimiento de zonas sanitarias y de seguridad o de zonas neutralizadas concretas (como la "Red Cross Box, en la guerra de las Malvinas), las visitas a detenidos (prisioneros de guerra o internados civiles) o los acuerdos de treguas y armisticios.

Sin embargo, existen numerosas dificultades para la designación de potencias protectoras en los conflictos armados no internacionales, guerras de liberación, conflictos asimétricos o que se desarrollan en estados fallidos o desestructurados. En estas situaciones las funciones de la potencia neutral las desarrolla el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) como sustituto de la potencia protectora.

2. El Mandato del Comité Internacional de la Cruz Roja

Una de las funciones del CICR (Bugnion, 1995) es la de servir de intermediario neutral entre las partes en un conflicto para llevar a cabo la protección de las víctimas, cumpliendo así el mandato de los Convenios de Ginebra de 1949, como sustituto de la potencia protectora (Antón, Babé y López, 2017).

El CICR es el órgano fundador de la Cruz Roja (Bugnion, 1994), creado en 1863 como Sociedad Ginebrina de Utilidad Pública. Institución constituida al amparo del Código Civil suizo, de carácter privado, independiente y neutral, por su acción es un organismo internacional con sede en Ginebra.

El CICR realiza, además de su cometido como sustituto de la potencia protectora, las siguientes funciones en relación con el DIH:

- a) Asumir el mandato de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, en cuanto a su cumplimiento y protección de las víctimas de la guerra,
- b) Promover acuerdos para el establecimiento de zonas sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas o desmilitarizadas,
- c) Proporcionar atención a heridos, enfermos y náufragos, desarrollar la cirugía de guerra, aportar hospitales y unidades sanitarias, construir prótesis para mutilados y desarrollar los objetivos de la “misión médica en peligro” (*Health care in danger*),
- d) Realizar visitas a los campos de prisioneros de guerra (identificación, registro, entrevista e informe a los familiares), internados civiles y personas privadas de libertad en poder de la parte adversa, remitir informes sobre sus condiciones a la potencia detenedora (con el privilegio de la confidencialidad) y promover el canje de prisioneros de guerra,
- e) Trabajar para la reunión de familias dispersas y localización de personas desaparecidas, asegurando el funcionamiento de las Agencias nacionales de información y de la Agencia Central de Búsquedas,
- f) Facilitar la asistencia humanitaria con acciones de socorro, proporcionando los bienes (víveres, medicinas, ropa de abrigo) indispensables para la supervivencia de la población civil, reparando las conducciones agua, electricidad e infraestructuras,

- g) Garantizar el derecho de acceso a las víctimas, particularmente en los supuestos de asedio u ocupación, con libertad de movimientos de la organización humanitaria,
- h) Atender a los refugiados y desplazados internos como consecuencia de los conflictos armados,
- i) Ejercer el llamado “derecho de iniciativa”, consistente en proponer a las partes en conflicto que el CICR realice otras funciones humanitarias en conflictos armados internos, sin que se considere esta propuesta injerencia en los asuntos internos,
- j) Trabajar en el perfeccionamiento de las normas del DIH, en la difusión de los Convenios de Ginebra y demás instrumentos de DIH, así como en la preparación de su desarrollo,
- k) Dar cumplimiento a los mandatos contenidos en las Resoluciones de las Conferencia Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

3. El Procedimiento de “Encuesta”

El artículo 90 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, introdujo el establecimiento facultativo de la Comisión Internacional de Encuesta, que se ha constituido una vez que más de veinte Estados han aceptado expresamente su actuación. Consiste en la investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave, tal como se define en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I.

Sistema establecido para dotar de cierta eficacia y hacer cesar las violaciones del DIH, pero todavía muy alejado de la realidad pues las partes no han propiciado su intervención de forma significativa. En todo caso no se trata de una institución penal sino un órgano permanente cuyo cometido principal es investigar todas las quejas por presuntas infracciones o violaciones graves del DIH. La competencia de la Comisión Internacional de Encuesta fue aceptada por España al ratificar en 1989 los Protocolos Adicionales de 1977.

4. El Enjuiciamiento Internacional de los Crímenes de Guerra

Se ha afirmado que el Derecho Penal Internacional nace con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”.

Sin embargo, han existido grandes dificultades para el funcionamiento de un tribunal con Jurisdicción Penal Internacional (Pignatelli Meca, 2003) para el enjuicia-

miento de los crímenes de guerra o infracciones graves de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Algo más que la mencionada Comisión Internacional de Encuesta.

La creación en 1993 por Resolución del Consejo de Seguridad de Las Naciones Unidas de un Tribunal Penal Internacional “ad hoc” (con sede en La Haya, Países Bajos) para juzgar a los responsables de violaciones graves del DIH cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, fue el comienzo de la institucionalización de un sistema de enjuiciamiento de las infracciones graves, más allá de los actuales Tribunales nacionales.

Posteriormente, en 1994, se ha constituido otro Tribunal Penal Internacional para Ruanda, también creado “ad hoc” por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con sede en Arusha, Tanzania. Ambos ya han cumplido su función y finalizado su mandato (permaneciendo un Mecanismo Residual), con importantes sentencias para la interpretación y persecución de los crímenes de guerra en los conflictos internacionales e internos.

Asimismo se han creado Tribunales Internacionales mixtos, híbridos o especiales (integrados por Jueces nacionales e internacionales) para enjuiciar crímenes internacionales como el Tribunal Especial Mixto para Sierra Leona (2002), las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (2003), los Paneles Especiales para los Crímenes Graves en Timor Oriental o Leste (2000), la Cámara Especial para crímenes de guerra en la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina, los Tribunales de Kosovo y Fiscalía de Crímenes de Guerra de Serbia, el Tribunal Especial para el Líbano (2007), las Cámaras Africanas Extraordinarias de Senegal (2012) y una Sala Penal en la Corte Africana, Tribunal establecido por la Carta Africana sobre Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos.

III. La Corte Penal Internacional

A. Consideraciones Generales

Un paso decisivo en el sistema de eficacia del DIH significó el Estatuto (Triffterer y Ambos, 2016) de la Corte Penal Internacional (CPI) de 17 de julio de 1998, con competencia para enjuiciar (entre otros delitos) los crímenes de guerra.

El Estatuto de Roma (ER) de la CPI es de una gran complejidad. Y ello por el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art.1 del ER), que se reafirma en el preámbulo con la proclamación de un principio fundamental: “ .. es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

El ER ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002 y la CPI, con sede en La Haya (Países Bajos) e integrada por 18 Magistrados, se ha constituido en La Haya y ha comenzado su actividad.

La CPI se organiza en una Presidencia (Presidente y dos Vicepresidentes) y en tres Secciones: la Sección de Cuestiones Preliminares, la Sección de Primera Instancia y la Sección de Apelaciones. Dentro de cada una de las Secciones funcionan las Salas. Es muy importante la figura del Fiscal, Fiscales adjuntos y Secretaría, donde se constituye una oficina dedicada a la protección de las víctimas y testigos.

Existe un órgano de alta supervisión de la CPI, en materia de administración, nombramientos y presupuesto que es la Asamblea de los Estados Partes.

En todo caso, el enjuiciamiento de los crímenes de guerra como parte del sistema de eficacia del DIH, significa una decisiva contribución al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

1. Eficacia de la Corte Penal Internacional

De la “eficacia” de la CPI, seguramente por la escasa colaboración de algunos Estados y la complejidad que presenta la investigación territorial, son muestra los datos siguientes: Desde el 1 de julio de 2002 a julio de 2021 (19 años de funcionamiento) ha pronunciado ocho sentencias en juicio oral sobre crímenes de su competencia material y una sobre delitos contra la Administración de Justicia, algunas pendientes de recurso de apelación.

Sentencias condenatorias en los casos de Thomas Lubanga (2012, República Democrática del Congo), Germain Katanga (2014, República Democrática del Congo), Ahmad Al Faqi Al Mahdi (2016, Mali), Bosco Ntaganda (2019, República Democrática del Congo) y Dominique Ongwen (2021, Uganda). Absolutorias en los casos de Mathieu Ngudjolo (2012, República Democrática del Congo), Jean Pierre Bemba (2018, Uganda, absuelto por la Sala de Apelaciones), Laurent Gbagbo y Charles Blé (2019, Costa de Marfil). Asimismo, Jean Pierre Bemba, Aimé Kilolo Musamba y Jean-Jacques Mangenda Kabongo fueron condenados por delitos contra la Administración de Justicia (soborno de testigos y testigos falsos). Están en periodo de juicio oral Yekaton y Ngaïis Sona de la República CentroAfricana y Al Hassan de Mali.

2. El Derecho Aplicables y las Fuentes del Derecho Penal Internacional

En la materia que analizamos debemos tener muy en cuenta el derecho aplicable o fuentes del derecho que, de forma jerarquizada, enumera el artículo 21 del ER, cuando determina que la CPI aplicará:

1º. El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998.

2º. Los Elementos del crimen (art. 9 del Estatuto) y las Reglas de Procedimiento y Prueba, normas que deberá aprobar por mayoría cualificada la Asamblea de los Estados-Partes.

3º. Los tratados y los principios y normas de Derecho internacional aplicables, incluidos los principios del Derecho Internacional de los conflictos armados.

4º. Los principios generales de derecho, que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho, normas y principios internacionales reconocidos.

En todo caso, la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos, en los términos que se establecen en el propio Estatuto.

La jerarquía de fuentes que establece el citado artículo 21 del ER ha de ser interpretada sin perder de vista que la CPI es, ante todo, un Tribunal penal instituido para ejercer jurisdicción sobre personas (no sobre Estados) respecto de crímenes (artículo 1 del Estatuto), enjuiciando y, en su caso, imponiendo una pena a la persona declarada culpable (artículo 77 del Estatuto). No es pues una nueva especie de Tribunal Internacional con competencias penales, sino un auténtico Tribunal de naturaleza penal y ello significa un cambio profundo en la jerarquización de las fuentes del derecho aplicable.

El carácter embrionario de sus precedentes (Nüremberg y Tokio o los constituidos para la ex-Yugoslavia o Ruanda en La Haya o Arusha) no debe hacernos perder de vista el paso decisivo que ha dado el ER al establecer entre los principios generales, no lo olvidemos, del Derecho Penal (Parte III del Estatuto), el principio "*nullum crimen sine lege*" en el artículo 22, justamente a continuación del precepto que determina el derecho aplicable (artículo 21).

Ahora bien, si es cierto que la teoría de las fuentes del derecho aplicable por la CPI debe estar limitada en materia penal por el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y predeterminación normativa (art. 22 del Estatuto), también lo es la existencia de problemas de interpretación por la naturaleza de los llamados Elementos de los Crímenes (art.9). En efecto, se trata de unos elementos que ayudan a la CPI a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del ER y como tales se mencionan en el artículo 21, si bien con una jerarquía normativa siempre subordinada al propio ER. Sin embargo, parece incontestable concluir, ante el monopolio tipificador del Estatuto, que los Elementos de los Crímenes no pueden ir más allá de las descripciones típicas de los citados artículos 6, 7 y 8.

3. Principios Generales del Estatuto de Roma

En definitiva, los principios generales que presiden el ER de la CPI son los siguientes:

- 1º Carácter permanente
- 2º Independencia
- 3º Pretensión de universalidad
- 4º Vinculación al sistema de las Naciones Unidas
- 5º Competencia limitada a los crímenes de mayor trascendencia
- 6º Competencia sólo sobre las situaciones graves (umbral)
- 7º Complementariedad respecto a los Tribunales nacionales
- 8º Irretroactividad
- 9º Jurisdicción sobre las personas y no sobre los Estados
- 10º Capacidad jurídica y personalidad internacional

4. La Gran Complejidad Jurídica del Estatuto de Roma

Si la finalidad de la CPI es bien comprensible (poner fin a la impunidad) el instrumento aprobado (ER) fue de difícil elaboración. Y ello al menos por tres motivos. El primero es el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art.1 del Estatuto), que deben seguir enjuiciando estos delitos.

En segundo término, el ER es una norma compleja y extensa (128 artículos) que comprende lo que, en el derecho interno, constituiría al menos el contenido de las normas fundamentales (orgánicas probablemente) siguientes: un Código penal, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, una Ley Orgánica del Poder Judicial y una Ley de Extradición o de Cooperación Jurídica Internacional.

Y el tercer aspecto que dota de especial complejidad al ER es su pretendido ámbito universal ("*...crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...*", en el Preámbulo), por el esfuerzo que supuso la síntesis de aportaciones procedentes de, por lo menos, dos sistemas de proyección universal: el derecho continental (o romano-germánico) y el sistema anglosajón (o del "*common law*"), con predominio alternativo de sus respectivas instituciones y no siempre en acertada yuxtaposición. En general, podemos afirmar que el sistema penal del ER, salvo el importante tema de la determinación e individualización de las penas (sin dosimetría) que figura en la Parte VII del Estatuto (a continuación del Juicio), está dominado por los principios generales del Derecho penal continental aunque su plasmación en el ER está presidida por la técnica topográfica propia de las normas internacionales y, por ello, la parte dedicada a la tipificación de los crímenes (la

parte especial del Derecho penal) se incluye entre los criterios de la competencia por razón de la materia (Parte II), al lado de aspectos procesales como la competencia temporal o la admisibilidad, precediendo con técnica bien ajena a la habitual en la ciencia del Derecho penal a la proclamación de los principios generales del Derecho penal (Parte III).

5. Los Crímenes de la Competencia de la Corte

Justamente uno de los temas más debatidos en la Conferencia de Roma fue la determinación del ámbito material de la competencia, es decir los crímenes tipificados en el ER, que se redujeron al máximo (los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional) comprendiendo el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

En la Conferencia de Revisión del ER de la CPI celebrada en Kampala (Uganda, 2010) se aprobó la modificación del ER respecto al crimen de agresión, que fue tipificado, y algunos crímenes de guerra.

B. La Protección de las Víctimas como Asignatura Pendiente

No ignora el ER la exigencia de la reparación penal de la víctima. Aunque las víctimas no son partes en el proceso penal que se desarrolla ante la CPI (y ello es motivo fundado de crítica), el ER se refiere a ellas en numerosos preceptos para reconocerles una posición procesal privilegiada en el sentido de que pueden comparecer en las actuaciones, presentar opiniones y observaciones, ser oídas en momentos importantes del procedimiento, obtener una reparación y apelar las decisiones por las que se conceda tal reparación. En la Secretaría de la CPI existe una Dependencia de Víctimas y Testigos y se crea el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas.

El artículo 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que sirve para individualizar la pena, toma en consideración la magnitud del daño causado “*en particular a las víctimas y sus familiares*” y la conducta del condenado después del acto, “*con inclusión de lo que haya hecho para resarcir a las víctimas*”. Son agravantes la indefensión de la víctima y que se hayan producido muchas víctimas.

En la Conferencia Diplomática de Roma (1998) afirmó Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas que *los ojos de millones de víctimas del pasado y potenciales víctimas del futuro, les observan*.

El Presidente de la CPI, Chile Eboe Osuji (Chile Eboe, 2018) declaró : *La Court veille à ce que les victimes soient entendues devant une cour de justice et les place au coeur de la procédure*.

El botafumeiro ha sido utilizado copiosamente en honor de las víctimas, pero aquí el incienso es una forma de retórica persistente.

La inclusión de las normas sobre participación de las víctimas es el resultado de la crítica general a los Tribunales Penales *ad hoc*, concluyendo la doctrina (Donat-Cattin, 2016) que las víctimas son “*partes potenciales*” en el proceso porque su participación no es esencial en sentido estricto. Es evidente que el sistema previsto en el ER produce la frustración de las víctimas, que ven incumplida su esperanza de conseguir una reparación.

En resumen, el estatuto de participante (Beltrán Montoliu, 2016) supone que las víctimas no pueden ejercer la acción penal, ni impugnar la admisibilidad, ni interrogar a los testigos, ni apelar las sentencias (salvo la sentencia condenatoria, en lo relativo a la reparación).

C. Futuro de la Corte Penal Internacional

La cuestión fundamental del ER, que puede condicionar su futuro, es el sistema establecido para el ejercicio de la competencia por la CPI. La primera vía consiste en la remisión de una situación por un Estado Parte al Fiscal. La segunda es la iniciación de una investigación “*motu proprio*” por el Fiscal. En uno y otro caso decide la Sala de Cuestiones Preliminares la posible cuestión de admisibilidad, con participación de los Estados interesados. Ahora bien, en estos casos, solo es competente la CPI si es Parte en el Estatuto (o ha aceptado la competencia) el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o bien el Estado del que sea nacional la persona imputada, nexos que funcionan como criterios alternativos de competencia. Esta atribución de competencia motivó el voto en contra y el rechazo del ER por algunos importantes Estados, principalmente los Estados Unidos de América y China.

Y el tercer mecanismo de competencia es la remisión de una situación a la CPI por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Pero, además, el Consejo puede obtener de la CPI la suspensión de la investigación o del enjuiciamiento por un plazo de doce meses, renovables. Y esta facultad fue ejercida por la Resolución 1422 (2002) de 12 de julio de 2002, por lo que se refiere a la participación personal de Estados no Partes en el ER en operaciones autorizadas por las Naciones Unidas. En la propia resolución se expresa la intención de renovar esta petición por periodos sucesivos de doce meses. Sin embargo, el Consejo de Seguridad no ha ejercido esa facultad posteriormente.

Otra cuestión que afecta al futuro de la CPI es el proceso de universalidad en la ratificación del ER. En el momento actual, lo han ratificado 123 Estados. Entre ellos, numerosos países europeos (todos los que integran la Unión Europea, Estados de la Europa del Este y otros países de Europa y afines como Canadá, Australia y

Nueva Zelanda), un gran número de Estados Iberoamericanos y del Caribe, muchos países del África subsahariana, escasos Estados de Asia y algunos de Oceanía. Pero todavía nos encontramos lejos de la aceptación universal. Países tan importantes como Estados Unidos de América, China, Rusia, India y la mayoría de los países islámicos están muy lejos de ser Partes en el ER. Prácticamente, la mitad de la comunidad internacional.

Otros Estados, como Estados Unidos de América, han utilizado extensivamente la vía del artículo 98.2 del ER para impedir la posible entrega a la CPI de sus nacionales, han declarado su intención de no ser parte en el ER y no considerarse vinculado por su firma o han aprobado leyes internas (como la *"American Servicemember's Protection Act"*) que expresan un claro rechazo a la CPI.

Sin embargo, no es aventurado concluir que el ER de la CPI, ratificado por Portugal y España, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, es ya, como se ha escrito, *"una parte irrenunciable del patrimonio jurídico de la humanidad"*.

(Mauro Politi).

IV. Conclusiones sobre el Sistema de Eficacia

Se puede afirmar, en conclusión, que la mera existencia de las normas propias del DIH y la posibilidad de enjuiciamiento de los responsables de sus violaciones graves (crímenes de guerra), constituyen un positivo avance para un aceptable cumplimiento de este sistema normativo, por su propia racionalidad (muchas veces coincidente con el interés militar), aceptación universal por los Estados, temor a las represalias, impacto en la opinión pública mundial (cada vez más sensibilizada ante las violaciones del DIH) y consenso de la comunidad internacional (Organización de las Naciones Unidas, Organizaciones Regionales, Estados y Organizaciones no gubernamentales) sobre la necesidad de respetar las reglas del DIH como instrumento de paz para la supervivencia de la humanidad.

Así, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja ha declarado (Informe Conferencia XXXIII, 2019) que el DIH, establecido para aplicarse en las peores circunstancias, preserva lo más importante de nuestra humanidad común y, además, el cumplimiento de su disposiciones previene el sufrimiento humano que, de lo contrario, podría extenderse durante años e, inclusive, décadas después de finalizados los conflictos.

Referencias

- Antón Ayllón, M., Babé Romero, M. y López Sánchez, J. (2017). "El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja", en *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant y Cruz Roja Española, Valencia, pp. 271 y ss.
- Beltrán Montoliú, A. (2016). "El proceso ante la Corte Penal Internacional", en *Derecho Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, pp. 454 y 455.
- Boisson de Chazournes, L. y Condorelli, L., (2000). "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: Protección de los intereses colectivos", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* n° 153, marzo 2000, pp. 43 y ss.
- Bugnion, F. (1995). "El derecho de la Cruz Roja", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 131, septiembre-octubre, 1995, pp. 535 y ss.
- Bugnion, F. (1994). *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité International de la Croix-Rouge, CICR, Ginebra, pp. 987 y ss.
- Chile Eboe (2018). Déclaration du Président, Communiqué de presse, 10 December 2018.
- CICR (2019). Informe "El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. Reafirmar el compromiso con la protección en los conflictos armados en el 70° aniversario de los Convenios de Ginebra", Ginebra, octubre, 74 pp.
- CICR (2015). Declaración de 10 de diciembre de 2015, titulada "Cruz Roja lamenta que no haya acuerdo para un mecanismo para fortalecer el cumplimiento de las leyes de la guerra".
- Documentos de la Conferencia XXXIII Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2019). Elaborados por el CICR, octubre 2019: Proyecto de resolución y documento de antecedentes, para la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.
- Donat-Cattin, D. (2016). "Article 68. Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings", en Triffterer, O. y Ambos, K. (Coord.), *The Rome Statute of the international Criminal Court. A Commentary*. Munich, 3ª ed. C. H. Bech, Hart, Nomos, pp. 1683 y 1684.
- Informe Conferencia XXXIII Internacional de la Cruz Roja y de la Media luna Roja (2019). Informe de la Comisión I *Derecho Internacional Humanitario: La protección de las personas en los conflictos armados*, Documento preparatorio de la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de La Media Luna Roja (Ginebra, 9-12 de diciembre, 2019), octubre de 2019.
- Martínez Alcañiz, A. (2015). *El principio de Justicia Universal y los crímenes de guerra*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, UNED, Madrid.
- Naciones Unidas (2015). Consejo de Seguridad. Documento S/2015/453, de 18 de junio de 2015, p. 2.

- Pérez González, M. (2017). "El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario: Necesidad de su fortalecimiento", en *Derecho Internacional Humanitario*, 3^o Ed. Tirant y Cruz Roja Española, Valencia, pp. 995 y ss., en particular pp.1011 y ss.
- Pignatelli Meca, F. (2017). "Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español" en *Derecho Internacional Humanitario*, 3^o Ed. Tirant y Cruz Roja Española, Valencia, pp. 1145 y ss.
- Pignatelli Meca, F. (2003). *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, p. 55. Del mismo autor, "La punición de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Los Tribunales internacionales de crímenes de guerra", en *Derecho Internacional Humanitario*, 3^a ed. Tirant y Crus Roja Española, Valencia. pp. 1029 y ss.
- Resolución Conferencia XXXIII Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2019) "Acercar el DIH: hoja de ruta para una mejor implementación del DIH a nivel nacional", Resolución 1 de la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 9-12 de diciembre de 2019) (33IC/19/R1).
- Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (2017). "Ámbito de aplicación", en *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant, Valencia, pp. 66 y 67.
- Triffterer, O. y Ambos, K. (2016). *The Rome Statute of the international Criminal Court. A Commentary*, Munich, 3^a ed. C. H. Bech, Hart, Nomos.

