La represión de las infracciones del derecho de la guerra cometidas por los individuos

por José Luis Fernández Flores

En la estructura general de la represión de las infracciones, el derecho de la guerra o derecho internacional humanitario tiene su parcela propia, con características peculiares. Al margen, por así decirlo, de los sistemas de represión de los actos antijurídicos en los ordenamientos internos de los Estados, el derecho internacional presenta su propio sistema de represión, dirigido a la sanción de las infracciones que, en el orden internacional, son atribuibles a los Estados, a las Organizaciones Internacionales e incluso a los individuos.

En cuanto estas infracciones pueden ser cometidas contra la normativa que regula y el derecho de la guerra es una parte del derecho internacional; éste regula la sanción de tales infracciones, sean atribuibles a los Estados, a las Organizaciones Internacionales o a los individuos.

Dejando de lado, por ahora,[1] el estudio de toda la problemática a que acabamos de aludir, vamos a centrarnos concretamente en la represión peculiar de las infracciones del derecho de la guerra, cometidas por los individuos.

Aunque, en términos generales, sean aplicables a estas infracciones las consideraciones generales a propósito de las infracciones cometidas por los individuos en el plano general del derecho internacional, la represión de las que se refieren al derecho de la guerra tiene las suficientes peculiaridades como para que nos ocupemos, en general, del

[1] El presente estudio fue elaborado según un planteamiento integral que comprende toda la problemática aludida. Las dificultades de publicación en la *Revista*, por la extensión del texto, nos han inducido a omitir las cuestiones a las que me refiero en esta concreta Introducción, publicando solamente lo referente a las infracciones individuales.

sistema de represión y, en particular, de sus planos substantivo y procesal.

I. LA ESTRUCTURA PECULIAR DEL SISTEMA DE REPRESIÓN

En este punto tenemos que hacer una distinción entre lo que se puede calificar de sistema clásico o tradicional, el sistema excepcional que rigió al término de la Segunda Guerra Mundial y el sistema mixto que es el actualmente vigente.

1. El sistema clásico o tradicional

Estamos ahora ante lo que, sólo con mucha impropiedad, se puede denominar sistema del derecho internacional penal de guerra.

A. Los sistemas estatales

Lo que existía, en el derecho de la guerra tradicional, era fundamentalmente un sistema interno o estatal de represión de las infracciones del derecho de la guerra, como lo demuestran los precedentes que se suelen citar[2] y las concepciones doctrinales clásicas.[3] De modo que más bien hay que calificarlo de derecho penal internacional de guerra, siguiendo la terminología propuesta.

Solamente a partir del siglo XIX es cuando empieza a modelarse el sistema verdaderamente internacional[4] y por el camino de los textos

---

[2] V. Cherif Bassiouni: *Derecho Penal Internacional: Proyecto de Código penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 60 y 61.

[3] Los clásicos españoles y los extranjeros que los siguieron contribuyeron, en múltiples aspectos, a sentar las bases de lo que después sería el sistema interno de represión de estas infracciones.

[4] Como dice Alexandre Plawski (*Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1972, p. 18): «Il serait vain de chercher les origines du droit international pénal avant le XIX^{e} siècle. Ce sont seulement des prolégomènes qui peuvent esquisser quelques traits du développement des idées» («*Sería inútil buscar los orígenes del derecho internacional penal antes del siglo XIX. Se trata sólo de los prolegómenos que pueden evocar algunos aspectos del desarrollo de las ideas*») (Trad. CICR).

internos[5] sin que en los internacionales se estableciesen consecuencias penales para las infracciones de la normativa bélica humanitaria.[6]

B. La inexistencia de un sistema internacional

De modo que lo que existía no era, en manera alguna, un sistema y menos de carácter verdaderamente internacional, puesto que no había una tipificación internacional ni una atribución de responsabilidad penal ni una sanción penal para los infractores individuales y mucho menos tribunales y procedimientos internacionales al efecto.

C. El bloqueo del problema

Y es que, el plano de lo internacional penal estaba, por así decirlo, bloqueado. Al no admitirse la responsabilidad penal de los Estados por ilícitos de guerra — ni por otros ilícitos internacionales — y al no considerarse al individuo como sujeto internacional, las infracciones del derecho de la guerra quedaban impunes[7] y la única garantía del cumplimiento de las leyes y los usos de la guerra, en el plano internacional, era la buena fe.[8]

De aquí que, para evitar esta consecuencia y no pudiendo, por diferentes razones, inculpar penalmente al Estado, se recurriera a dar el paso definitivo del reconocimiento de los individuos como sujetos activos del derecho internacional en el plano penal, para poder inculparlos internacionalmente.

2. El sistema excepcional de postguerra

Lo que acabamos de apuntar fue lo que efectivamente se hizo, reconociendo al individuo como sujeto internacional de las infrac-

---

[5] En este sentido se pueden citar las *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* por Francis Lieber (Washington, 24 de abril 1863), en las cuales se enjuicia no solamente a los soldados propios sino también a los enemigos prisioneros culpables de infracciones contra el derecho de la guerra.

[6] Es el caso de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907.

[7] En palabras de Antonio Quintano Ripollés (*Criminalidad de Guerra*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Editorial Seix, Barcelona, 1954, T. VI, p. 10), «a la hora de la exigencia de responsabilidades éstas tienden a volatilizarse merced al aforismo *universitas delinquere non potest*... y si el Estado era el solo posible sujeto del derecho, pero como tal no podía delinquir, y el individuo era incapaz ante las normas internacionales, el anárquico impunismo resultaba insoslayable».

[8] Como decía el *Reglamento para el servicio de campaña español* del 5 de enero de 1882, en su artículo 851.

ciones de guerra y sentando, así, la base del sistema que entonces funcionó.

A. Los precedentes

El precedente del sistema a que aludimos se produjo en la postguerra de la Primera Guerra Mundial. Tan pronto como terminó ésta, el 11 de noviembre de 1918 se creó una Comisión Interaliada para determinar la responsabilidad de los que, por primera vez, fueron llamados «criminales de guerra». Y en el Tratado de Versalles se propuso la incriminación del Kaiser Guillermo II y de otros alemanes acusados de crímenes de guerra,[9] proponiéndose también la creación de un tribunal de justicia internacional y de otros tribunales nacionales para que actuasen en relación con las diferentes categorías de criminales de guerra.

Pero este sistema no funcionó porque, con respecto al Kaiser, refugiado en Holanda, no fue concedida la extradición y, con respecto a los demás criminales de guerra, sólo muy pocos fueron juzgados y, de éstos, unos fueron absueltos y otros fueron condenados a penas más simbólicas.[10]

B. El funcionamiento del sistema

Cuando realmente funcionó el sistema fue al término de la Segunda Guerra Mundial, creándose un verdadero régimen internacional de represión.

El sistema nació de diferentes documentos[11] que desembocaron en el «Acuerdo de Londres» y su «Estatuto» del 8 de agosto de 1945 creándose, como pieza fundamental, el tribunal que actuó en Nuremberg para juzgar a los «grandes criminales de guerra» de los países del Eje, cuyos crímenes no pudieran localizarse geográficamente. Con independencia de éste, se crearon otros muchos tribunales, unos de los

---

[9] El Tratado de Versalles abordó el tema en los artículos 227, 228 y 229. El Kaiser fue acusado por «ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados».

[10] Algunos de los acusados fueron juzgados por tribunales alemanes que no fueron muy rigurosos en las penas. Otros acusados no fueron entregados a tribunales extranjeros para ser juzgados. Todo esto dio al traste con el invento.

[11] El 13 de enero de 1942, los Gobiernos de los países aliados ocupados por Alemania redactaron la «Declaración de Saint James' Palace» para el castigo de los criminales de guerra; el 1 de noviembre de 1943, las potencias aliadas publicaron la «Declaración de Moscú», en el mismo sentido.

aliados en sus diferentes zonas de ocupación de Alemania[12] y otros de carácter nacional en los diferentes países que habían estado ocupados por los alemanes.[13]

La otra gran manifestación de esta represión internacional de guerra nació el 19 de enero de 1946, cuando se creó el Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente, que celebró sus sesiones en Tokio, juzgando a los criminales de guerra japoneses y presentando pocas variantes con respecto al sistema europeo.[14] También, en este ámbito, se crearon otros tribunales, la mayor parte norteamericanos y de carácter militar para juzgar determinados y concretos delitos.[15]

Este sistema de excepción que, en términos generales, funcionó hasta 1949 presenta las siguientes líneas fundamentales:

a) ***El plano substantivo*** — En el plano substantivo se determinaron unos delitos, se establecieron unas responsabilidades y se impusieron unas penas.

En cuanto a los delitos, en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal, se considera como «crímenes sujetos a la jurisdicción» del mismo, los «crímenes contra la paz», los «crímenes de guerra» y los «crímenes contra la humanidad»,[16] formulando una tipificación de los mismos en los siguientes términos:

«● ***Crímenes contra la paz:*** la dirección, la preparación, el desencadenamiento o la continuación de una guerra de agresión o de una guerra en violación de los tratados, seguridades o acuerdos inter-

---

[12] En cuanto a estos tribunales, los criterios se unificaron por medio de la *Kontrollratsgesetz* nº 10 del 20 de diciembre de 1945, inspirada en los mismos principios del Tribunal Militar Internacional.

[13] Aunque se creó la «War Crimes Commission» en Londres para ordenar la entrega de los inculpados, es lo cierto que, en el procedimiento cada jurisdicción obró con arreglo a sus propias reglas, como la belga del 20 de julio de 1947, la holandesa del 10 de julio del mismo año, la noruega del 4 de mayo de 1945, la inglesa del 14 de junio de ese mismo año o la francesa del 28 de agosto de 1944.

[14] Se inspiraba en el Estatuto de Londres, aunque con algunas modificaciones como la de prescindir de la figura penal de la «conspiracy» o las de ampliar el número de miembros del Tribunal y extender la competencia personal y territorial de su jurisdicción.

[15] Como el del tribunal constituido para juzgar el asunto del Atolón de Jaluit (por el asesinato de tres aviadores norteamericanos prisioneros) o el del constituido para juzgar el caso Yamashita (por omisión de diligencia para evitar la comisión de crímenes de guerra).

[16] También se incluyó la figura criminal de la «conspiracy», de factura anglosajona, que más tarde fue abandonada, al decirse en el último párrafo del artículo 6 que «Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos son responsables de todos los actos realizados por toda persona en ejecución de tales planes».

nacionales o la participación en un plan concertado o en un complot para la ejecución de cualesquiera de los actos precedentes;

- ***Crímenes de guerra:*** las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Estas violaciones comprenden, sin estar limitadas, el asesinato, los malos tratos y la deportación para trabajos forzados o para cualquier otro fin de poblaciones civiles en los territorios ocupados, el asesinato o los malos tratos infligidos a los prisioneros de guerra o a las personas en el mar, la ejecución de rehenes, el pillaje de los bienes públicos o privados, la destrucción sin motivo de ciudades o pueblos o la devastación no justificada por exigencias militares;

- ***Crímenes contra la humanidad:*** el asesinato, la exterminación, el sometimiento a esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra cualesquiera poblaciones civiles, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cometidos en relación con todo crimen que sea de la competencia del Tribunal Internacional, sea que estas persecuciones constituyan o no una violación del derecho interno del país donde hubieren sido perpetradas».

En el mismo artículo 6, al establecerse la competencia del tribunal para juzgar y castigar a las personas que hubieran cometido los crímenes, se sentó el principio general de que por los mismos «habrá responsabilidad individual», incluyéndose también la posible responsabilidad por la pertenencia a una organización o a un grupo declarado criminal.[17]

Con respecto a las penas, se adoptó un criterio de amplio arbitrio judicial, al disponerse en el artículo 27 del estatuto que:

«El Tribunal tiene derecho a imponer a un acusado, una vez convicto, la pena de muerte o cualquier pena que el mismo Tribunal considere justa».

b) ***El plano procesal*** — En el plano procesal, no sólo se crearon tribunales internacionales sino procedimientos adecuados para su actuación.

---

[17] En el párrafo primero del artículo 9 del Estatuto se dice que «En el juicio de cualquier individuo miembro de un grupo o de una organización el Tribunal podrá declarar (en relación con todo acto del cual este individuo pueda ser reconocido culpable) que el grupo o la organización a que él pertenecía será una organización criminal». Véase H. de Touzalin, «Réflexions à propos du délit d'appartenance sur un essai d'unification des règles de répression en matière d'infraction aux lois et coutumes de la guerre», *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Bruxelles, IV-I, 1965, pp. 133 y ss.

El Tribunal de Nuremberg se denominó «Tribunal Militar Internacional» respondiendo a su naturaleza de este tipo, admitiéndose asimismo la posibilidad de constituir otros tribunales, en caso de necesidad, de composición, naturaleza y procedimiento idénticos a los del Tribunal principal.

Igualmente, en el Estatuto se estableció un procedimiento de carácter general relativo a la persecución, al enjuiciamiento y al acto del juicio, sin perjuicio de la facultad del tribunal de dictar reglamentos para su procedimiento.

C. Los restos del sistema

Cuando terminó la actividad de este complejo entramado de jurisdicciones internacionales o en función internacional,[18] bien poco fue lo que quedó como permanente, según anteriormente hemos apuntado.[19]

En relación con los que, en términos amplios, podemos calificar de crímenes de guerra, lo único de que disponemos actualmente son los «Principios de Nuremberg»[20] y la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.[21]

Además de la «preocupación» por la represión de las infracciones de guerra, que ha dado lugar al sistema actual.

3. El sistema vigente actualmente

En el momento presente, el que podemos llamar sistema de represión de las infracciones del derecho de la guerra cometidas por los individuos, tiene un carácter mixto «internacional-interno», en cuanto está constituido por unos preceptos básicos internacionales que consti-

---

[18] Tras el fallo del Tribunal de Nuremberg, el 1 de octubre de 1946, y el del Tribunal de Tokio, el 12 de noviembre de 1948, los demás tribunales dejaron de actuar en 1949, aunque algunos, de tipo local, aún prorrogaron sus trabajos.

[19] Los instrumentos que quedaron en el plano general de la represión de la infracciones internacionales cometidas por los individuos ya han sido reseñados anteriormente.

[20] La Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas formuló, en su Segunda Sesión (5 de junio a 29 de julio de 1950), los siete principios de Nuremberg, calcando prácticamente los delitos de los recogidos en el Estatuto de Londres de 1945.

[21] Esta Convención del 26 de noviembre de 1968 se refiere también a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

tuyen, por así decirlo, el marco jurídico fundamental y otros preceptos complementarios de carácter interno estatal que, valga la expresión, encajan o deben encajar en aquéllos.

La realidad de que, aunque los preceptos básicos internacionales son comunes, el desarrollo y la concreción de los mismos se llevan a efecto mediante normativas estatales diversas, da lugar a un sistema heterogéneo en el que la pretendida represión universal es ilusoria, produciendo consecuencias tan anómalas[22] como imposibles de corregir en la actualidad.[23]

A. El marco jurídico internacional

La normativa-marco internacional se ha limitado a establecer un esquema general de represión, disponiendo unas reglas mínimas observables.

a) ***Los textos básicos*** internacionales vigentes, prescindiendo de

---

[22] La diferente situación en que, al respecto, se encuentran los países y su distinto modo de traducir al plano interno los preceptos internacionales da lugar a que un mismo hecho aparezca tipificado como delito o crimen o falta en un ordenamiento estatal y en otros sencillamente no se lo toma en cuenta; de donde resulta que tal hecho, en unos Estados esté sancionado penalmente de forma rigurosa, en otros sólo tenga atribuida una sanción de índole menor y en otros, finalmente, no se sancione en forma alguna, con lo que la suerte del presunto culpable dependerá del lugar de comisión del acto y del país que haya de juzgarlo, pudiendo incluso darse el caso de que una persona prefiera ser juzgada por tribunales extranjeros, y no por sus propios tribunales nacionales.

[23] Se han propuesto diferentes sistemas para enmendar esta situación, que van desde el más modesto de la adopción de una «ley-tipo» como pauta de la actuación estatal, al intermedio de una «ley-universal» de carácter penal y al más ambicioso del establecimiento de un «tribunal internacional» de carácter penal para este tipo de infracciones al menos. Pero, como dice Henri Bosly («Responsabilité des Etats Parties à un conflit et des individus quant à l'application des règles de droit humanitaire», *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, XII-2, 1973, pp. 201 y ss.), lo primero es una solución que «se busca desde hace años», lo segundo es «imprevisible en un futuro más o menos cercano» y lo tercero es irrealizable hoy porque, para muchos Estados, aparece «como una limitación inadmisible de la soberanía de los Estados»; de donde hay que concluir que, en el momento actual, soló dos clases de jurisdicción son posibles con respecto a estas infracciones, la de los tribunales nacionales y la de una posible jurisdicción internacional «ad hoc» en relación con cada conflicto armado que se produzca.

Bien podemos decir que en este, como en otros muchos supuestos, la comunidad internacional ha llegado hasta donde su propia madurez se lo permite, ni más ni menos.

algunos antecedentes,[24] están contenidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I de 1977.[25]

Los Convenios de Ginebra, en los artículos 49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV, en términos idénticos, contienen una disposición general. [26 y 27]

El Protocolo I, por su parte, tiene como preceptos generales, el artículo 85, para. 1, en el que se dice:

«Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo»,

y el art. 86, para. 1, en el que se dispone:

«Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar».

---

[24] Antecedentes son los artículos 27 y 28 de la Convención del 6 de julio de 1906 sobre el mejoramiento de la condición de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña. También el párrafo segundo del artículo 56 del Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre del 18 de octubre de 1907. Y los artículos 28 y 29 del Convenio de Ginebra del 27 de julio de 1929 para el mejoramiento de la condición de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña.

[25] En cuanto los Convenios están prácticamente en vigor para todos los Estados y el Protocolo I no se encuentra en el mismo caso, hay que tener esto en cuenta a los efectos de la normativa internacional obligatoria para los Estados.

[26] «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas oportunas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones previstas en la propria legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra».

[27] Los artículos 105 y siguientes del Convenio sobre prisioneros de guerra de 1949 se refieren a los derechos y medios de defensa de los prisioneros, a la posibilidad de recursos, a la notificación de la sentencia y al régimen penitenciario.

b) ***Consideraciones y conclusiones*** — De la consideración de estos textos podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- El régimen general de represión es el mismo en los Convenios y en el Protocolo I, variando únicamente, (lo que ahora no nos afecta), las infracciones que han de ser sancionadas.[28]
- El punto de partida del sistema es la distinción básica entre infracciones graves y las otras infracciones pues, para estas últimas, lo único que se dispone en la normativa internacional es que los Estados tomarán las medidas para que cesen.
- El marco internacional establecido para la represión de las infracciones graves, aunque de forma muy amplia, considera unas normas relativas a las infracciones en sí mismas, a la responsabilidad de los que las cometen, a las penas que deben imponerse, a los tribunales que han de juzgarlos, a sus competencias y, finalmente, al procedimiento.
- Los Estados deben sujetarse, en la represión de las infracciones, a este marco jurídico internacional, completándolo y desarrollándolo.

B. Los complementos nacionales

La normativa complementaria de los Estados[29] presenta una amplia gama de soluciones, en cuanto que cada Estado ha tomado una posición distinta en el desarrollo de las normas internacionales.

Aunque con la natural dificultad que presenta el conocimiento del estado actual de los diferentes ordenamientos jurídicos al respecto,[30] podemos esbozar un esquema general de actitudes estatales, distinguiendo los casos en que los Estados no han cumplido con el compromiso adquirido en los Convenios y, si procede, en el Protocolo I y los

---

[28] Como se explica en el *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ed. Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1987, p. 992, para. 3467: "the system of repression in the Conventions is not to be replaced, but reinforced and developed... so that it will in the future apply to the repression of breaches of both the Protocol and the Conventions" («*No se reemplaza el sistema de represión de los Convenios, sino que se lo refuerza y desarrolla... de manera que en el futuro se aplique a la represión de las infracciones tanto del Protocolo como de los Convenios*»).

[29] Barras, Raphaël («Incidences des dispositions pénales du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 sur le système judiciaire national», *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, XXI, 1982, p. 416) dice que las disposiciones internacionales son imperfectas y que las legislaciones nacionales deben necesariamente llenar esta laguna.

[30] Una prueba de esta dificultad se puede ver en las que encuentra la *Société internationale de droit militaire et de droit de la guerre* para obtener respuestas nacionales a su Cuestionario sobre «*La répression nationale des infractions graves au droit humanitaire. Aspects criminalistiques et criminologiques*».

supuestos en que sí han cumplido con tal compromiso formalmente, en sus distintas variantes.

a) Hay ***Estados que no han cumplido con el compromiso contraído***, pero aquí hay que distinguir fundamentalmente dos variantes.

Unos Estados no han cumplido por entender que es innecesario tomar nuevas medidas ya que, con los textos legales existentes en su ordenamiento represivo, común o militar, hay base suficiente para sancionar penalmente las infracciones graves o, en otros términos, por entender que el compromiso ya lo tienen cumplido. Esta posición es criticable porque, dada la distinta naturaleza de las infracciones del derecho de la guerra, las disposiciones internas de tipo general no garantizan adecuadamente su represión.[31] Aquí estamos en presencia de países que generalmente no han ratificado el Protocolo I.[32]

---

[31] El Comité Internacional de la Cruz Roja ha dicho al respecto: «... d'une manière générale, il faut admettre que, dans la plupart des cas, la législation pénale ordinaire (Code pénal, Code pénal militaire) est insuffisante pour assurer de manière adéquate la répression des infractions aux Conventions de Genève» («... *de manera general, hay que admitir que, en la mayoría de los casos, la legislación penal ordinaria (Código penal, Código Penal Militar) es insuficiente para garantizar de manera adecuada la represión de las infracciones de los Convenios de Ginebra*»), *Respect des Conventions de Genève — Mesures prises pour réprimer les violations (Rapports présentés par le CICR à la XX^e et à la XXI^e Conférences internationales de la Croix-Rouge)*, Ginebra, 1971, I, p. X.

[32] Aquí, hay que incluir, entre otros países, a *Francia* que desaprovechando el momento de la reforma de su Código de Justicia Militar, en cuyo proyecto se daba cabida a las infracciones del derecho de la guerra formalmente, ha optado por recoger independientemente una serie de delitos y faltas en el citado Código de Justicia Militar y en el reciente Reglamento de Disciplina General en los ejércitos del 12 de julio de 1982, que en parte coinciden con las infracciones señaladas en los Convenios y en el Protocolo I, habiendo respondido al CICR que «... de nombreux articles du Code pénal et du Code de justice militaire, qui ne visent pas spécifiquement des infractions aux Conventions de Genève, permettent d'assurer la répression des crimes et délits que celles-ci interdisent» por lo que considera cumplido el compromiso contraído en los Convenios tal como se establecía, a *Portugal* que en el artículo 87 de su Código de Justicia Militar sanciona en términos generales y sin referencia alguna concreta a los Convenios de Ginebra, al militar «que haya cometido cualquier acto reprobado por una convención internacional a la cual el gobierno portugués se haya adherido», añadiendo que esto será así «cuando tales actos no sean indispensables para el éxito de las operaciones militares», lo que, evidentemente, aleja a este texto del espíritu y de la letra de los Convenios de Ginebra, a los *Estados Unidos* que sostienen que su legislación, militar y común, de carácter represivo, es suficiente para sancionar las infracciones del derecho de la guerra contenidas en los Convenios de Ginebra; según los artículos 18 y 21 del *Uniform Code of Military Justice*, los crímenes de guerra están sancionados por los tribunales militares siempre que sean cometidos por personas sujetas a tal código; del mismo modo, se sostiene que muchas de las infracciones graves, si son cometidas dentro de los Estados Unidos, son violaciones de la ley interna y pueden ser castigadas por los tribunales civiles; los Estados Unidos sólo castigan los crímenes de guerra como tales, cuando son cometidos por nacionales enemigos o por personas al servicio del enemigo y, en este caso, no se plantea problema en cuanto el

Otros países, en cambio, no *han cumplido* sencillamente porque no lo han hecho todavía, pero la existencia de proyectos legales, en el sentido de llevarlo a efecto, permiten suponer que cumplirán con su obligación en el futuro. Entre tanto sigue en vigor su legislación anterior. Hay también otros numerosos Estados que ni siquiera tienen proyectos en tal sentido o, al menos, si los tienen no han adquirido publicidad, de modo que no sabemos cuál será su respuesta al compromiso contraído al ratificar los Convenios y, en su caso, el Protocolo I. Lo único que hay que lamentar es la tardanza en el cumplimiento y, en numerosos casos, la nula atención que se ha prestado a este compromiso que consta en los Convenios, a pesar de haberlos firmado y ratificado, independientemente de que muchos de los países en esta situación incluso son Partes en el Protocolo I.[33]

---

derecho internacional es parte del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, a *Japón* que sostiene que en cuanto por el artículo de su Constitución ha condenado el recurso a la guerra, es obvio que sus ciudadanos no pueden encontrarse en las situaciones de los Convenios, a pesar de lo cual también ha justificado que ciertas disposiciones de su legislación penal son valederas para sancionar las infracciones de los Convenios y a otros países como *Irak*, *Sudáfrica*, etc.

[33] Entre los países que han demostrado su voluntad de cumplir con el compromiso contraído, por medio de la existencia de proyectos legislativos en tal sentido, está *Bélgica*, que ya formuló un proyecto de ley anterior, que no fue aprobado, ha presentado otro nuevo, integrado por once artículos y dividido en dos capítulos, el primero de los cuales recoge y tipifica las infracciones graves y el segundo se refiere a la competencia, el procedimiento y la ejecución de las penas (con el número 577, depositado en el Parlamento en la sesión de 1962-1963, con la intención de cumplir con la obligación contraída al ratificar los Convenios de Ginebra; se trata de un proyecto muy completo en el que se establecen penas graves para las infracciones y se abordan incluso cuestiones de exclusión de responsabilidad penal), y la *República Federal de Alemania* que aunque declaró, en 1964, que todas las infracciones del derecho de la guerra recogidas en los Convenios son sancionadas según el derecho penal alemán común en vigor, ha formulado también un proyecto de ley relativo a los delitos contra las leyes y costumbres de la guerra; en este proyecto se ha optado por la fórmula de una legislación especial complementaria de las normas penales comunes, unas veces completando delitos de carácter común y otras creando delitos «ex novo» cuando no hay otro modo de castigar ciertas infracciones, estableciendo penas relativamente moderadas. Un supuesto distinto, en cuanto no se ha intentado siquiera el proyecto, está representado por *Italia* cuyo ordenamiento penal es insuficiente para sancionar las infracciones contenidas en los Convenios de Ginebra pues, efectivamente, el Código penal militar italiano de guerra, que data de 1941, sólo contiene unas disposiciones que, aunque reprimen los actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra, no permiten encajar en ellas las infracciones recogidas en los Convenios; el ambicioso epígrafe del Capítulo III del Título III, «De los actos ilícitos de guerra», es muy incompleto en su contenido. Sin embargo, Italia, que incluso ratificó en 1986 los dos Protocolos, aunque con reservas, no ha propuesto proyecto alguno en relación con las infracciones contenidas en los Convenios y en tal Protocolo I. Y otros muchos Estados se encuentran en la misma situación, lo que es de lamentar, pues más vale una represión organizada, aunque sea heterogénea, que una ausencia de complementación de la normativa internacional.

b) ***Otros Estados*** sí ***han cumplido formalmente*** con el compromiso contraído, aunque lo han hecho por diferentes vías.

En primer lugar, hay que citar a los Estados que, por medio de leyes especiales independientes o por medio de leyes que han completado sus textos legales sobre la represión en general, han cumplido totalmente con el compromiso contraído, reproduciendo de diferentes maneras todas las infracciones graves contenidas en los Convenios y, en su caso, en el Protocolo I. Éstos son los Estados que, independientemente de los reproches que puedan recibir en la vertiente técnica, han cumplido exactamente con el compromiso contraído al ratificar los Convenios y, en su caso, el Protocolo I.[34]

---

[34] Aquí hay que situar a una larga lista de países, entre los cuales están *España* (que en su reciente Código Penal Militar, de 1985, ha recogido, con redacción propia, las infracciones de los Convenios de Ginebra, en sus artículos 68 a 79), *Suiza* (que en su también reciente Código Penal Militar, de 1950, artículos 109 y siguientes, ha introducido como delitos los hechos que figuran como infracciones en los Convenios), *Holanda* (que, en sus leyes del 19 de mayo de 1954 y 10 de julio de 1962, ha adoptado la materia de crímenes de guerra a lo dispuesto en los Convenios de Ginebra), *Inglaterra* (que, mediante la «Geneva Conventions Act» de 1957, ha adoptado su derecho a los Convenios de 1949, reprimiendo las infracciones graves contenidas en los mismos y estableciendo reglas que afectan tanto a lo penal sustantivo como a lo procesal), *Australia* (con una ley de 1957 en el mismo sentido que la inglesa), *Canadá* (estableciendo una regulación igualmente semejante a la inglesa), *Irlanda* (por medio de una ley de 1962, que sigue el mismo modelo inglés), la *India* (que, del mismo modo, por una ley de 1960, ha cumplido con su compromiso), *Nueva Zelanda* (que se expresa en términos muy parecidos, por una ley especial de 1958), *Uganda* (que ha hecho lo propio por una ley de 1964), *Malasia* (por una ley de 1962), *Kenia* (por una ley de 1968) y así otros países que forman parte de la Commonwealth británica. En esta misma línea hay que situar a *Suecia* (que ha reformado su legislación para cumplir con el compromiso adquirido, en 1964, estableciendo una regulación de contenido muy amplio), a *Noruega* (que ha modificado el artículo 108 de su Código Penal Militar para incriminar a todos los que cometen infracciones graves de las recogidas en los Convenios), a *Dinamarca* (en el capítulo 25 de su Código Penal Militar ha realizado una adaptación a los Convenios por medio de una incriminación global de las infracciones contenidas en estos textos), a *Yugoslavia* (que ha insertado en su Código Penal una serie de disposiciones recogiendo las infracciones que aparecen en los Convenios) y a algunos otros países. Un caso especial que hay que citar aparte, porque supone uno de aquellos en que mejor se ha cumplido con el compromiso de complementación de la normativa internacional, es el de *Etiopía*, cuyo Código Penal de 1957, redactado por el profesor suizo Graven, ha «incorporado intrépidamente al derecho nacional... de manera más sistemática y completa que cualquier otra legislación posterior a los Convenios de 1949, todo el ámbito nuevo de las infracciones contra el derecho de gentes», pues, en sus artículos 282 y siguientes, ha asumido todas las infracciones contenidas en los Convenios de Ginebra.

Aunque, como vemos, son muchos los países que han cumplido formalmente con su compromiso, lo importante es, como dicen Georges Levasseur y R. Merle (*L'état des législations internes au regard des obligations contenues dans les conventions internationales de droit humanitaire*, Bruselas, Centre de droit international de l'Université de Bruxelles, 1970, p. 251) de quienes hemos tomado muchos datos para esta enumeración de países situados en una u otra de las vías apuntadas, «savoir si les

En segundo lugar, también tenemos que citar a otros países que han cumplido parcialmente con su compromiso pues, siguiendo diversas vías, han incorporado a su legislación interna ciertas infracciones de los Convenios, haciendo caso omiso de otras a las que no se han referido.[35]

C. Conclusión

En conclusión, los Estados que han ratificado los Convenios de Ginebra y los que, en su caso, lo han hecho con el Protocolo I de 1977, han seguido diversas vías o no han seguido ninguna para complementar la normativa internacional, de donde resultan disparidades que se traducen en diferencias en cuanto a los puntos concretos del derecho penal sustantivo y también en relación con los que hacen referencia a la actividad procesal.

Esto nos obliga a estudiar separadamente unos y otros problemas distinguiendo, en los primeros, la cuestión de la tipificación de las infracciones, la de la responsabilidad penal subsiguiente y la de las penas concretamente aplicables y, en los segundos, el de los tribunales que hayan de ejercer su jurisdicción, el concreto de la competencia de éstos y, por último, el de los procedimientos de que hayan de valerse para imponer las sanciones.

---

pays dotés d'une législation spéciale l'appliquent effectivement et comment...» (*saber si los países dotados de una legislación especial la aplican efectivamente y cómo...*») pues como los mismos autores añaden, «une telle recherche serait cependant restée fort aléatoire étant donné le manque d'information, la discrétion tout à fait justifiée du CICR et l'évidente répugnance des autorités locales responsables à s'expliquer sur certains manquements au droit de la guerre» («*tal investigación sería, no obstante, muy aleatoria dada la falta de información, la discreción totalmente justificada del CICR, y la evidente aversión de las autoridades locales responsables a dar explicaciones sobre ciertas violaciones del derecho de la guerra*»). Las informaciones que han servido para este estudio, sobre la situación jurídica al respecto de los diferentes países, pueden haber sufrido variaciones en los últimos años, sin que el autor haya podido obtenerlas.

[35] Aquí hay que citar, en primer lugar, a la *URSS* (que, en su Código Penal de 1960, se ocupa de las infracciones cometidas por los militares prisioneros de guerra y de los delitos cometidos contra éstos; también en esta línea está *Hungría* que se ocupa de las infracciones cometidas contra los prisioneros de guerra, así como de ciertas infracciones cometidas contra la población civil, y *Checoslovaquia* que, por su ley de 1961, sanciona los delitos cometidos contra los prisioneros de guerra, los cometidos contra los heridos, enfermos y náufragos y los cometidos contra la población civil. En todos estos casos que acabamos de citar, las reglas especiales se refieren únicamente a lo penal sustantivo, sin que en cuestiones de procedimiento se hayan adoptado reglas particulares, de donde resulta la aplicación de las reglas comunes de carácter general o especialmente militar.

Siguiendo este esquema vamos a distinguir, en dos grandes apartados, el derecho penal y el derecho procesal pertinente.

II. EL DERECHO PENAL DEL DERECHO DE LA GUERRA

Los problemas que presenta el derecho penal del derecho de la guerra o normativa sustantiva de la represión, como hemos anticipado, son tres: el de la tipificación de las infracciones, el de la responsabilidad penal subsiguiente y, por último, el de las concretas sanciones penales imponibles.

1. La tipificación de las infracciones

Aquí, como en todo el sistema, el derecho de la guerra contenido en los Convenios de Ginebra de 1949 y el complementario contenido en el Protocolo I de 1977 aparecen como el marco y la base jurídicos de la definición o tipificación de las infracciones que han de ser corregidas. O, en otros términos, la normativa internacional lo que hace es apuntar una tipificación básica en la que están recogidos los tipos de crímenes o delitos, esencial y directamente considerados como tales, aquellos que por su propia naturaleza y transcendencia no pueden dejar de ser sancionados por los Estados.

El resto de la tipificación queda en manos de los propios Estados, de modo que la única obligación que adquieren éstos es la de recoger tales tipos delictuales, sea en la misma forma en que están establecidos internacionalmente sea en forma distinta pero de contenido igual, de donde resulta que, si el fin que se persigue es el mismo, las vías para lograrlo son diferentes.[36]

---

[36] Y es que, como se dice en el Commentaire de la I^re^ Convention de Genève (*Les Conventions de Genève du 12 août 1949 — Commentaire* publié sous la direction de Jean Pictet, CICR, Ginebra, 1952), p. 396), «il n'y a pas d'unité d'inspiration entre les différents systèmes pénaux. Dans les pays anglo-saxons, en effet, il semble que l'existence d'une règle de droit international, expresse ou coutumière, même si elle ne comporte pas de sanctions, permette aux tribunaux nationaux de prononcer des condamnations lorsque cette règle est violée. Au contraire, dans les pays du continent européen, la loi pénale, pour pouvoir être appliquée, doit comporter non seulement une règle normative, mais aussi des dispositions prévoyant expressément la sanction, sa nature et sa gravité. Dans ces pays, l'adage *nulla poena sine lege* garde toute sa valeur. Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur la répression qui est intervenue après la Seconde Guerre mondiale, il eût été plus satisfaisant de pouvoir s'appuyer sur

A. La base internacional

La base común está constituida por los textos internacionales que, debidamente considerados, llegan a presentar una cierta sistemática.

a) ***Los textos básicos*** — Estos textos internacionales están contenidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I de 1977.

Los Convenios de Ginebra de 1949, en los artículos 49 del I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV, se refieren a «... *los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio...*», diciendo en el artículo 50 del I Convenio y en el 51 del II, en términos idénticos, que:

«*Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente*»;

cuyo correlativo en el III Convenio es el artículo 130 que, en vez de terminar con la referencia a la destrucción y la apropiación de bienes, sustituye esta por

«... *el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio*»;

y el también correlativo en el IV Convenio, artículo 147, que sustituye la aludida frase por la referencia a

«... *la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del*

---

des règles préexistantes, sans être obligé de recourir à des mesures spéciales» («*no hay unidad de inspiración entre los diferentes sistemas penales. En los países anglosajones, en efecto, parece que la existencia de una norma de derecho internacional, expresa o consuetudinaria, incluso si esta no incluye sanciones, permite a los tribunales nacionales pronunciar fallos condenatorios cuando se viola esta norma. Por el contrario, en los países del continente europeo, la ley penal, para poder ser aplicada, debe incluir no sólo una regla normativa, sino también disposiciones que prevean expresamente la sanción, su naturaleza y su gravedad. En esos países, el adagio «nulla poena sine lege» conserva todo su valor. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre la represión ocurrida después de la Segunda Guerra Mundial, habría sido más satisfactorio poder apoyarse en normas preexistentes, sin verse obligado a recurrir a medidas especiales*»).

presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario»;

sin que en estos Convenios se haga referencia concreta a los «actos contrarios» que no son infracciones graves.[37]

En el Protocolo I de 1977, en relación con este punto, se dice, en el artículo 11, párrafo 4:

«*Constituirá infracción grave del presente Protocolo toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una Parte distinta de aquella de la que depende, sea que viole cualquiera de las prohibiciones señaladas en los párrafos 1 y 2,*[38] *sea que no cumpla las exigencias prescritas en el párrafo 3,*[39]

disponiendo, además, en el artículo 85, de una nueva lista de infracciones[40] en los siguientes términos: «Represión de las infracciones del presente Protocolo.

«*1. Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones graves, completadas por la presente sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo.*

---

[37] La enumeración de lo que se entiende en los Convenios por «actos contrarios» implicaría una lista interminable y supondría un examen de todas las obligaciones establecidas en tales textos convencionales.

De cualquier forma y por su especial significación, entendemos que es oportuno citar aquí el artículo 54 del I Convenio y su correlativo artículo 45 del II Convenio, en los que se dispone que «las Altas Partes Contratantes cuya legislación ya no sea suficiente tomarán las oportunas medidas para impedir y reprimir, en todo tiempo, los abusos...» en relación con el signo protector de la Cruz Roja (incluso en su vertiente puramente indicativa).

[38] En el artículo 11, en sus números 1 y 2, se dice que «1. No se pondrán en peligro, mediante ninguna acción u omisión injustificada, la salud ni la integridad física o mental de las personas en poder de la Parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma a causa de una situación prevista en el artículo 1 — situaciones en las que se aplica el Protocolo I —. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la Parte que realiza el acto. 2. Se prohíben, en particular, aunque medie el consentimiento de las referidas personas: a) las mutilaciones físicas; b) los experimentos médicos o científicos; c) las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si estos actos están justificados en las condiciones previstas en el párrafo 1».

[39] En el párrafo 3 de este artículo 11 se consideran algunas excepciones a las reglas anteriores, que son de sentido común.

[40] Véase Protocolo adicional I, artículo 85.

2. Se entiende por infracciones graves del presente Protocolo los actos descritos como infracciones graves en los Convenios si se cometen contra personas en poder de la Parte adversa protegidas por los artículos 44, 45 y 73 del presente Protocolo[41] *o contra heridos, enfermos o náufragos de la Parte adversa protegidos por el presente Protocolo o contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios sanitarios que se hallen bajo el control de la Parte adversa y estén protegidos por el presente Protocolo.*

3. Además de las infracciones graves definidas en el artículo 11 — que ya hemos citado — se consideran infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes, cuando se cometan intencionalmente, en violación de las disposiciones pertinentes del presente Protocolo y causen la muerte o atenten gravemente a la integridad física o a la salud:

a) *hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;*

b) *lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que un tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2* a) *iii;*[42]

c) *lanzar un ataque contra obras o instalaciones peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2* a) *iii;*

d) *hacer objeto de ataque a localidades no defendidas o zonas desmilitarizadas;*

e) *hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;*

---

[41] El artículo 44 del Protocolo protege a los combatientes —definiendo cuáles tienen esta condición— y a los prisioneros de guerra —disponiendo quiénes tienen este estatuto—. El artículo 45 protege a las personas que han tomado parte en las hostilidades, atribuyéndoles por principio el estatuto de prisionero de guerra. El artículo 73 se refiere a los que tienen el estatuto de refugiados y apátridas, considerándolos como personas protegidas.

[42] El artículo 57 se refiere a las precauciones en caso de ataque y se dice, en el apartado citado, que hay que abstenerse de decidir un ataque «cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista».

f) *hacer uso pérfido, en violación del artículo 37*[43] *del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo;*

4. Además de las infracciones graves definidas en los párrafos precedentes y en los Convenios, se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes cuando se cometan intencionadamente y en violación de los Convenios o del Protocolo:

a) *el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio en violación del artículo 49 del IV Convenio;*[44]

b) *la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;*

c) *las prácticas del 'apartheid' y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal;*

d) *el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se ha conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado* b) *del artículo 53;*[45] *cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares;*

e) *el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o aludida en el párrafo 2 del presente artículo de su derecho de ser juzgada normal e imparcialmente.*

---

[43] En el artículo 37 se prohíbe en general la perfidia, siendo tal, entre otros supuestos, el de utilización de signos, simulando un estatuto de protección.

[44] En el artículo 49 del IV Convenio se prohíben los traslados en masa o individuales y las deportaciones, salvo que se trate de una evacuación total o parcial por razones de seguridad.

[45] En el artículo 53 del Protocolo se prohíbe cometer actos de hostilidad contra los monumentos históricos, obras de arte y lugares de culto y, en el apartado b) concretamente, se establece que «queda prohibido... utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar».

5. Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra»,[46]

añadiendo, en el artículo 86, una referencia a las infracciones consistentes en omisiones, diciendo, en el párrafo 1, que se reprimirán

«... las infracciones graves y [...] *las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar».*

b) ***Consideración y conclusiones*** — De la consideración de los textos internacionales que acabamos de reproducir, se pueden deducir en términos breves las siguientes conclusiones generales:

- El derecho de la guerra o, más concretamente, los Convenios de 1949 y el Protocolo I de 1977, para la organización y el funcionamiento de su mecanismo represivo, ha partido — como no podía ser menos — de la definición de ciertas conductas, contrarias a sus normas, como antijurídicas y susceptibles, en principio, de recibir una sanción.[47] Esta definición del injusto antijurídico la ha llevado a efecto mediante lo que, técnicamente, se denomina una «tipificación» o «Tatbestand», es decir, una determinación de todos los elementos de cada injusto reducidos a un conjunto unitario. Se trata siempre de acciones u omisiones voluntarias contra personas o bienes especialmente protegidos.[48]

---

[46] La verdad es que en esta «consideración» de las infracciones graves como crímenes de guerra se alienta la perplejidad en cuanto a su significación. Tal vez la única razón de esta disposición sea la de evitar equívocos, estableciendo la equiparación entre infracciones graves, de cualquier tipo, y crímenes de guerra como noción única.

[47] El derecho de la guerra, en su función represiva, no podía escapar y no ha escapado al planteamiento general de todo régimen punitivo, cuyo núcleo fundamental es una proposición condicional que consta de un presupuesto — la conducta delictiva — y una consecuencia — la sanción penal — (J.-M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1973, vol. I, p. 145). De este modo, se ha visto en la necesidad de tipificar ciertas conductas contra su normativa jurídica, como base de la sanción.

[48] En el derecho de la guerra y en términos generales, el sujeto pasivo de las infracciones puede ser un individuo o una colectividad, pero siempre que se encuentre dentro de alguna de las «categorías» definidas en los Convenios y en el Protocolo I, de donde resulta que el derecho de la guerra no protege a cualesquiera personas, de forma especial, sino solamente a las personas «especialmente protegidas» por estar encuadradas en dichas categorías, lo cual no es obstáculo para la existencia de una protección general que los textos humanitarios bélicos también recogen. En algunos casos, la pertenencia a estas categorías no es excesivamente determinante en sus consecuencias; pero, en otros, como cuando se trata de los prisioneros de guerra, la inclusión de una persona en esta categoría es fundamental (véase *Commentaire des Conventions de Genève, op. cit.*, vol. III, pp. 57 y ss.).

- Estos tipos de injusto, han sido denominados genéricamente «infracciones», palabra que a nada compromete, sin duda para evitar las confusiones que resultarían de la utilización de otras como «delito», «crimen», «falta», etc., que tienen especiales connotaciones y significados muy concretos en diferentes ordenamientos penales estatales.
- Todas las infracciones han sido clasificadas en dos grandes grupos atendiendo a su mayor o menor gravedad o, en otras palabras, por razón de su cuantía, en cuanto no hay diferencia cualitativa o de naturaleza entre las que se incluyen en uno u otro grupo[49]: por un lado está el constituido por las que específicamente califican los textos internacionales de «infracciones graves» y, por otro, está el formado por las que, en consecuencia, podemos denominar «infracciones leves», aunque esta concreta expresión no figure en dichos textos.
- Las infracciones graves,[50] también llamadas a veces «violaciones graves»,[51] son aquellas en que más seriamente se atenta contra los intereses básicos que la normativa humanitaria bélica protege, por lo que se les ha dado la calificación de «crímenes de guerra»,[52]

---

[49] Incide aquí la dificultad del derecho penal en general, para la construcción de un concepto propio del llamado «delito natural» (véase Giuseppe Maggiore: «Delitto naturale e delitto legale», *Riv. de Crim. e Diritto Crim.*, 1948) de donde resulta la dificultad para la construcción de una noción propia de lo que podríamos llamar infracción grave «natural».

[50] La expresión en sí «infracciones graves» ha dado lugar a largos debates. La delegación de la URSS hubiera preferido emplear los términos «crímenes graves» o la expresión «crímenes de guerra». Si finalmente la conferencia prefirió la expresión «infracciones graves» fue porque consideró que, aunque tales hechos sean calificados de crímenes en la legislación penal de casi todos los países, no quita que el término «crímenes» tiene acepciones diferentes según las legislaciones» (*Commentaire, I Convention, op. cit.*, p. 417).

[51] Como ha sido explicado (*Commentary on Protocols, op. cit.*, párrafo 3621, p. 1045) «virtually no distinction is made between grave breaches and serious violations in the text of the Conventions or the Protocol, which almost always refers to 'grave breaches'" (*«en el texto de los Convenios o del Protocolo no se hace prácticamente distinción entre infracciones graves y violaciones graves, que casi siempre se refieren a 'infracciones graves'»*).

[52] El párrafo 5 del artículo 85 del Protocolo I, donde esta consideración se contiene, fue discutido. Así se ha dicho (*Commentary of the Additional Protocols, op. cit.*, párrafos 3521 y 3522, p. 1003): "This paragraph, which was considered indispensable or self-evident by some delegations, seemed out of place or dangerous to others. The former emphasized the need to confirm that there is only one concept of war crimes, whether the specific crimes are defined under the law of Geneva or The Hague and Nuremberg law. Whithout denying that grave breaches of the Conventions and the Protocol are indeed war crimes, the latter preferred those instruments to stick to their own terminology in view of their purely humanitarian objectives" (*«Este párrafo, considerado indispensable u obvio por algunas delegaciones, fue juzgado peligroso o*

consideración esta de dudosa significación, pero que nosotros interpretamos en el sentido de que estamos en presencia de violaciones de la normativa internacional que no sólo afectan gravemente a las personas y a los bienes protegidos, sino también y muy directamente a los intereses fundamentales de la comunidad internacional.[53]

- En cuanto, como hemos dicho, la falta de naturaleza propia impide una definición general de las infracciones graves, se ha recurrido al procedimiento de enumerarlas, tanto en los Convenios como en el Protocolo, pero con una enumeración no exhaustiva o de carácter abierto, pues pueden considerarse otras infracciones graves distintas de las enumeradas[54] e incluso sujetas a jurisdicción universal, lo mismo que las enumeradas expresamente, en virtud de normas consuetudinarias o convencionales distintas.[55]

---

fuera de lugar por otras. Las primeras destacaron la necesidad de confirmar que hay un único concepto de crímenes de guerra, ya sea que los crímenes específicos estén definidos en el derecho de Ginebra o en el de La Haya o en el de Nuremberg. Sin negar que las infracciones graves de los Convenios y del Protocolo son en realidad crímenes de guerra, los segundos prefirieron que el texto de dichos instrumentos se atuviera a su propia terminología dada su finalidad puramente humanitaria»).

[53] En el preámbulo del Acuerdo de la Comisión cuatripartita del 8 de agosto de 1945, para la persecución de los crímenes de guerra, se dice que los cuatro Gobiernos actuan «en interés de todas las Naciones Unidas». En el artículo 19 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobados por la Comisión del Derecho Internacional se dice que «El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional». Parece deducirse, pues, que la noción de crimen internacional va unida a la idea de violación de los intereses de la comunidad internacional que son fundamentales. Y en esta línea hay que situar, a nuestro modo de ver, el crimen de guerra. Por otra parte, en las legislaciones en que se admite la diferencia entre «crimen» y «delito» la noción de crimen va asociada con las violaciones más graves.

[54] La enumeración de las infracciones graves del artículo 50 del I Convenio (y sus homólogos de los otros tres) comienza por decir que «son las que implican *algunos* de los actos siguientes», frase que en la versión francesa es la de «l'un ou l'autre» y en la inglesa es «any», lo que permite decir que estamos en presencia de una enumeración no exhaustiva. Por su parte, en el *Commentaire* (*I^re Convention, op. cit.*, p. 413), se dice que «además de las infracciones graves enumeradas en el artículo 50, se pueden imaginar otras también graves, como por ejemplo, la usurpación del signo distintivo de la cruz roja en tiempo de guerra».

[55] En nuestra opinión, las infracciones graves son no solamente las expresamente enumeradas, sino también las que, a semejanza de éstas, puedan deducirse de los Convenios y del Protocolo (por su referencia a los Convenios) o de otros textos sean estos de carácter consuetudinario o estén contenidos en diferentes textos convencionales. El *Commentary on Protocols* (*op. cit.*, p. 976), se expresa al respecto en estos términos, en la nota 11: «This means that only the conduct included in the list (artículo 85, párrafos 2-4 del Protocolo) is subject to universal jurisdiction under the Conventions and the Protocol. It does not mean that other breaches cannot also be

- Las infracciones leves, denominadas en los textos unas veces simplemente «infracciones» y otros «actos contrarios» a las disposiciones de los Convenios o «demás infracciones» de los Convenios y del Protocolo, son aquellas violaciones o aquellos incumplimientos de la normativa humanitaria bélica que, por no afectar de manera fundamental a los intereses protegidos, no se han incluido entre las infracciones graves.

- Las simples infracciones o infracciones leves no han sido enumeradas expresamente por entender que, dada su escasa entidad, no era necesario hacerlo a los efectos de instituir una jurisdicción universal,[56] independientemente de que la lista hubiera sido casi interminable.[57] Si es cierto que muchas de estas infracciones pueden resultar de una acción, no lo es menos que la mayor parte de ellas resulta del incumplimiento de un deber de actuar.[58]

- Finalmente, no podemos dejar de apuntar que, en cuanto la línea de separación entre las infracciones graves y las infracciones leves no es nítida pues, como hemos dicho, hay otras infracciones graves diferentes de las enumeradas expresamente; una acumulación de infracciones leves puede dar lugar a la apreciación de una infracción grave en determinadas circunstancias.[59]

---

subject to universal jurisdiction by reason of customary or treaty law» *(«Esto significa que sólo los actos incluidos en la lista (artículo 85, párrafos 2-4 del Protocolo) están sujetos a la jurisdicción universal de conformidad con los Convenios y el Protocolo. No significa que otras infracciones no puedan estar también sujetas a la jurisdicción universal en virtud del derecho consuetudinario o de los tratados»).*

[56] «Il est apparu immédiatement que les violations de certaines dispositions de détail des Conventions de Genève pouvaient constituer des délits mineurs, voire des simples fautes disciplinaires, et qu'il ne saurait être question de prévoir, pour de telles infractions, une répression universelle» *(«Quedó inmediatamente de manifiesto que las violaciones de ciertas disposiciones menores de los Convenios de Ginebra podían constituir delitos menores, incluso simples faltas disciplinarias, y que no podía preverse, para tales infracciones, una represión universal»)* (*Commentaire, I^re Convention, op. cit.*, p. 416).

[57] Como dice Stanislas E. Nahlik (*Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1984, «Le problème des sanctions en droit international humanitaire», p. 477) que se ha planteado tal lista a propósito de las infracciones en la Convención de 1954 sobre protección de bienes culturales, «el hecho de elaborar la lista reclama pues la pluma de un comentador».

[58] Artículo 86, párrafo 1 del Protocolo I.

[59] Al menos a los fines de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta del artículo 90 del Protocolo I. «Minor violations may become serious if they are repeated, and it is then up to the Commission to determine this» *(«Las violaciones menores pueden ser peligrosas si se repiten; compete pues, a la Comisión determinar esto»)* (*Commentary on Protocols, op. cit.*, párrafo 3621, p. 1045). Y, como hemos dicho, una violación grave es una infracción grave.

c) ***La sistematización de las infracciones*** — Como consecuencia de cuanto hemos dicho y en los términos expuestos, podemos sistematizar las infracciones contra la normativa del derecho de la guerra en la siguiente forma:

1. SON INFRACCIONES GRAVES

expresamente establecidas:

contenidas en los Convenios de 1949:

contenidas en los cuatro Convenios:

- el homicidio intencional;
- la tortura o los tratos inhumanos, incluidas las experiencias biológicas;
- causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

contenidas en los Convenios I, II, III:

- la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

contenidas en los Convenios III, IV:

- forzar a un cautivo o coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga;
- privar a un cautivo o a una persona protegida de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según los Convenios;

contenidas en el Convenio IV:

- las deportaciones y los traslados ilegales;
- la detención ilegal;
- la toma de rehenes;

contenidas en el Protocolo I:

- la acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de Parte distinta de la que depende;

- las infracciones graves de los Convenios contra las personas en poder de una Parte adversa protegidas por los artículos 44, 45 y 73 del Protocolo y contra los heridos, los enfermos y los náufragos de la Parte adversa o contra el personal sanitario o religioso y las unidades y los medios de transporte sanitario bajo el control de la Parte adversa igualmente;
- las acciones intencionales en violación del Protocolo que causen la muerte o atenten gravemente contra la integridad física o la salud, consistentes en: a) ataques contra la población civil; b) ataques indiscriminados contra la población civil o los bienes civiles; c) ataques contra las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas; d) ataques contra localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; e) ataques contra personas fuera de combate; y f) uso pérfido de los signos protectores reconocidos;
- los actos que se cometan intencionadamente en violación de los Convenios o del Protocolo, consistentes en: a) traslado por la Potencia ocupante de parte de su población a territorio ocupado y traslados o deportaciones de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado dentro de éste o fuera de él; b) demora en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles; c) prácticas de «apartheid» u otras inhumanas de discriminación racial; d) ataques contra monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto; y f) privación a una persona protegida por los Convenios o el Protocolo de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente;
- también son infracciones graves las que resultan del incumplimiento de un deber de actuar;

tácitamente deducidas:

- las acciones u omisiones que, en virtud de la «lista abierta» de los Convenios, pudieran considerarse como tales;

2. SON INFRACCIONES LEVES:

- las acciones que, sin constituir infracciones graves, sean contrarias a la conducta que impone la normativa humanitaria bélica;
- las omisiones de deberes de actuar, establecidos en esta normativa de manera expresa, que no alcancen el carácter de infracciones graves.

B. Los complementos nacionales

El complemento nacional de esta normativa internacional, en cuanto a la tipificación de las infracciones del derecho de la guerra, es labor de cada Estado de los que han ratificado los Convenios de Ginebra y, en su caso, el Protocolo I.

a) ***Los textos*** — En el artículo 49 del I Convenio (y sus correlativos en los otros tres), que antes hemos reproducido en su totalidad, merece destacarse que las Altas Partes Contratantes

«... se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones...», con respecto a «... una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio...», añadiendo más adelante que cada Parte Contratante *«... tomará las oportunas medidas necesarias para que cesen... los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio...».*

En el Protocolo I, artículo 85, también reproducido en su totalidad, se dice, en su número 1, que las disposiciones de los Convenios

«...son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo», añadiendo, en el nº 1 del artículo 86, que también *«...deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para que cesen todas las demás infracciones... que resulten del incumplimiento de un deber de actuar».*

De estos párrafos de los preceptos citados resulta determinante la distinción entre infracciones graves, con respecto a las cuales los Estados están obligados a tomar las medidas legislativas necesarias para su sanción, e infracciones leves, con respecto a las cuales sólo tienen que tomar las medidas oportunas que no necesitan ser legislativas. Y esto es válido tanto para las infracciones que consisten en acciones como para las que son consecuencia de omisiones.

Por otra parte, también cabe deducir de modo directo que, en cuanto los Estados han de tomar las medidas necesarias, legislativas o no, para fijar las sanciones penales o para hacer cesar los actos contrarios, éstas han de empezar por tipificar, técnicamente hablando, las infracciones graves y definir, en sentido amplio, las otras infracciones, como punto de partida insoslayable de la sanción o del cese de tales actos contrarios.[60]

---

[60] En cuanto el plano sustantivo o penal de la sanción de las infracciones tiene que pasar necesariamente por el proceso «delito-responsabilidad-pena», no cabe duda de que los Estados, para cumplir con su compromiso adquirido de dictar las medidas legislativas necesarias para sancionar las infracciones, han de comenzar por designar el

En consecuencia y refiriéndonos exclusivamente a la tipificación o definición de las infracciones, vamos a reflejar de modo aproximado, las actitudes de los Estados en su labor de complementación del orden internacional.[61]

b) ***Las infracciones graves*** — En la tipificación de las infracciones graves, los Estados han adoptado diversas actitudes que, básicamente, se pueden reducir a las siguientes:

En primer lugar están los países que tienen una tipificación independiente de la de los Convenios y del Protocolo, valiéndose de conceptos propios y peculiares de su ordenamiento punitivo que, con más o menos dificultad, pueden equipararse a los internacionales, en su contenido esencial, pero sin que se haga una referencia concluyente a los mismos. En este supuesto están situados básicamente los Estados que no han cumplido con el compromiso adquirido al ratificar los Convenios y, en su caso, el Protocolo I. En unos casos se ha recurrido a una tipificación específica de los delitos y en otros se ha optado por un sistema que podemos llamar mixto, en cuanto, junto a los delitos específicos, se apuntan otros u otro de tipo general. En este supuesto lo que existe es una doble tipificación, en cuanto, por un lado, está la de carácter internacional de las infracciones de los Convenios y el Protocolo y, por otro, la de carácter interno de cada Estado de los que adoptan esta postura. En cuanto que la tipificación interna es la que efectivamente se aplica, evidente resulta que, si ésta no cubre todos los supuestos de las infracciones internacionales, no se está cumpliendo totalmente con el compromiso adquirido de dictar las medidas legislativas necesarias al efecto.[62]

---

delito y, concretamente, su tipificación.

[61] En principio, la clasificación que puede hacerse de los Estados, por razón de su actitud ante el problema de la tipificación de las infracciones, es independiente de la clasificación general en cuanto a su actitud con respecto al cumplimiento con el compromiso adquirido, aunque no puede dejar de verse una cierta influencia de esta clasificación sobre aquella.

[62] Aquí hay que incluir muy significativamente a los *Estados Unidos* (cuya doctrina al respecto es la siguiente: las violaciones del derecho de la guerra cometidas por personas que están sujetas a la ley militar de los Estados Unidos constituyen habitualmente violaciones del Uniform Code of Military Justice y, en consecuencia, habrán de ser juzgadas por los tipos delictivos contenidos en éste; las violaciones del derecho de la guerra cometidas por otras personas no sujetas a la ley militar, dentro de los Estados Unidos, constituyen habitualmente violaciones de la ley federal o de la ley penal de los diferentes Estados y habrán de ser perseguidas por los tipos delictivos contenidos en estas legislaciones; solamente se persiguen por los tipos internacionales, las violaciones del derecho de la guerra cometidas por nacionales enemigos o personas que sirven los intereses de un Estado enemigo, en cuanto rige el viejo principio de que «international law is part of the law of the land») a *Francia* (que, en su Código de

En segundo lugar hay que citar a otros países que se encuentran, por así decirlo, en una situación intermedia con respecto a la normativa internacional represiva del derecho de la guerra, en cuanto, por un lado, tipifican los delitos en su orden interno dependientemente de las infracciones internacionales y, por otro, lo hacen por medio de conceptos propios y peculiares de su sistema represivo interno. Es decir, estamos ante Estados que tienen en cuenta las infracciones internacionales para adaptarse a ellas, pero que, valga la expresión, las traducen a su propio lenguaje y a su concepción penal. Aquí estamos ante la existencia de dos tipificaciones, una la de carácter internacional, y otra la de tipo interno, a la cual podemos calificar de «retipificación», en cuanto el Estado vuelve a tipificar lo que ya está tipificado internacionalmente. Del mismo modo que en el supuesto anterior, hay variantes en esta actitud pues, en unos casos, la tipificación es total, en otros es detallada y en otros, por fin, tiene carácter mixto.[63]

Justicia Militar y en su Reglamento de Disciplina General de los Ejércitos, establece una serie de prohibiciones que, en parte, coinciden con las infracciones internacionales; por un lado, tipifica con carácter detallado una porción de hechos delictivos — en los artículos 407 y siguientes de su Código de Justicia Militar — y, por otro, parece que adopta también una tipificación global en el artículo 445 del mismo; Barras (*Incidences..., op. cit.*, pp. 422-3) dice que subsiste una represión por analogía fundándose en la Ordenanza del 28 de agosto de 1944 relativa a la represión de los crímenes de guerra pues, aunque sólo estuvo en vigor temporalmente, es la expresión de un sistema de analogía que, en su caso, podría volver a ser utilizado), al proyecto de la *República Federal de Alemania* (que parece que está elaborado con una cierta independencia de los tipos de infracciones internacionales, aunque con un sistema detallado de tipificación, va en muchos aspectos más lejos que los Convenios y que el mismo Protocolo I, en la protección de las personas) y también al proyecto de *Bélgica* (que, en cierto modo y en relación con el problema de la tipificación de los delitos, va por el mismo camino, aunque es dudoso que pueda inscribirse en este grupo de países, puesto que parece que va a ceñirse a los tipos de infracciones graves de los Convenios y del Protocolo, en términos más fieles que el proyecto alemán). También hay que incluir aquí a *Italia* (cuyo Código Penal Militar, de 1941, contiene una serie de preceptos para reprimir delitos contra las leyes y costumbres de la guerra, naturalmente sin relación con las infracciones internacionales en concreto).

[63] Muchos son los países incluibles en este grupo; pero, por su significación en relación con la tipificación de los ilícitos penales de guerra, se pueden citar a *Etiopía* (cuyo Código Penal fue redactado por el suizo Graven, como hemos dicho, y en el cual se recogen detalladamente todas las infracciones de los Convenios, pero con una tipificación o retipificación peculiar), a *España* (que en su reciente Código Penal Militar del 9 de diciembre de 1985, en sus artículos 68 a 79, ambos incluidos, ha efectuado una retipificación — en cuya crítica no entramos — propia de gran parte de las infracciones internacionales, añadiendo otros delitos y finalizando con una disposición general relativa a los otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios internacionales ratificados por España), a *Yugoslavia* (que, del mismo modo, ha insertado en su Código Penal, artículo 124 y siguientes, una serie de delitos que prácticamente recogen todas las calificadas de infracciones graves en los Convenios, aunque, como en el caso anterior, dándoles su redacción propia), a *Holanda* (que a poco de ratificar los Convenios de Ginebra dictó una nueva ley de derecho penal de guerra — Act on War Criminal Law — modificando y completando sus disposiciones

Finalmente, podemos hacer un tercer grupo con los países que se han adherido más estrechamente al orden internacional de esta represión, aquellos que no han adoptado una tipificación o retipificación propia, sino que han optado por hacer una remisión a las infracciones contenidas en los textos internacionales. Son las actitudes de los Estados que han elegido la vía que algunos han llamado de la remisión o reenvío al orden internacional[64] y que lo que en realidad supone es una aceptación de la tipificación internacional o una adopción de la misma en sus propios términos, bien por medio de una referencia global, bien por medio de una referencia detallada o mixta.[65]

c) ***Las infracciones leves*** — En las infracciones leves, el problema se presenta de forma muy distinta para los Estados, por la doble razón de que éstos no están obligados a tomar medidas legislativas ni tienen imperiosamente que imponer sanciones penales, bastando con que

---

anteriores al respecto, para adaptarlas a los textos internacionales, por medio de una disposición de cáracter general reprimiendo las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra y una serie de disposiciones específicas, contenidas en el Código Penal ordinario para la represión de ciertas violaciones concretas) y, finalmente, a *Noruega* (que, en su Código Penal Militar, hace una tipificación general y, en su Código General ordinario, mantiene tipificaciones específicas).

[64] La utilización de la palabra «reenvío» sólo puede aceptarse con cierta reticencia por su específica significación en derecho internacional privado. En todo caso, teniendo en cuenta la remisión del orden internacional al orden interno de un Estado y la referencia de éste a aquel, podría hablarse de un «reenvío de retorno».

[65] En este grupo son incluibles muchos países. Así, están *Inglaterra* (que en su Geneva Conventions Act de 1957, castiga con un tipo global todas las violaciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra, refiriéndose concretamente a la lista de las mismas que cada uno de tales Convenios contiene), *Irlanda* (que, en su ley de 1962, sigue el modelo inglés de la tipificación general aunque, además de esta referencia a las infracciones graves, contiene otros preceptos sancionando «violaciones menores»), *Dinamarca* (que también ha optado por una incriminación o tipificación global por remisión a las normas internacionales, dedicando a la materia el artículo 25 de su Código Penal), *Australia* (que, por ley de 1957, ha seguido el ejemplo británico), *Canadá* (que igualmente se expresa en términos muy semejantes a la ley inglesa) y otra serie de países que, más o menos, ha seguido el ejemplo y la posición de los ingleses, tales como la *India, Nueva Zelanda, Uganda, Kenia, Nigeria* y *Malasia*. También hay que incluir entre los Estados que adoptan esta actitud a *Brasil* (país éste que, en su Código Penal Militar de 1969, artículo 400 a 408, opta por un sistema de tipificación global por remisión a las infracciones que constan en los textos internacionales) y a *Suiza* (que, en su Código Penal Militar en vigor desde 1968, adopta un sistema de tipificación general por remisión a los Convenios internacionales sobre la conducta en la guerra, por entender indudablemente que los Convenios de Ginebra tienen una tipificación suficientemente clara según su propia descripción).

(La lista de todos estos países no es exhaustiva, como tampoco lo son las listas de los casos anteriores. Por otra parte, la escasez de fuentes instrumentales directas, lo fragmentario de las mismas y la falta de seguridad en su contenido pueden haber sido fuente, a su vez, de errores en la colocación de los países en uno u otro grupo de los propuestos.)

tomen las medidas, en general, necesarias para hacer cesar estas infracciones, de lo cual resulta que:

- En cuanto el ordenamiento internacional no obliga a los Estados a sancionar penalmente las infracciones leves, éstos no tienen obligación alguna de tipificarlas, ya que este problema, en sentido técnico, solo se presenta a los efectos penales subsiguientes.

- Sin embargo, en cuanto la normativa internacional tampoco impide ni puede impedir que los Estados puedan añadir, por su cuenta y riesgo preceptos penales para reprimir estas infracciones, bien sancionándolas como tales, bien convirtiéndolas en delitos, hay que concluir que, si adoptan esta posición, habrán de hacer las tipificaciones correspondientes.[66]

C. Conclusión

En conclusión, la normativa humanitaria bélica internacional ha determinado unos «tipos universales» de infracciones graves que los Estados están obligados a recoger en su normativa interna, por cualquiera de los procedimientos a que acabamos de aludir, de manera que si no lo hacen no cumplen con el compromiso adquirido al ratificar los Convenios de Ginebra y, en su caso, el Protocolo I. En cuanto a las demás infracciones, dado que tal normativa internacional no exige represión penal y, por lo tanto, no ha establecido tipos, los Estados quedan en libertad para hacer que cesen, simplemente, o para sancionarlas penalmente, en cuyo supuesto habrán de adoptar sus tipos delictuales propios al efecto.

2. La responsabilidad penal

La responsabilidad es la consecuencia de la conducta y la responsabilidad penal es la obligación de cargar con (o de responder de) las consecuencias del delito. Según esta proposición general, las infracciones del derecho de la guerra engendran una responsabilidad para el que las realiza, que es necesariamente penal cuando se trata de infrac-

[66] La necesidad de tipificación de cualquier violación de la normativa, cuando se haya de imponer una sanción penal, es una consecuencia directa de la aplicación del principio «nullum crimen sine lege», que implica que no hay delito si éste no ha sido definido previamente por la ley.

ciones graves y, por principio, no tiene este carácter cuando se trata de las demás infracciones.[67]

Del mismo modo que en el problema anterior, este que abordamos ahora de la responsabilidad penal presenta un plano internacional básico y unos planos nacionales complementarios.

A. La base internacional

En el plano internacional, el derecho de la guerra contiene escasas reglas, y aun muchas de las que podemos calificar así no son otra cosa que deducciones genéricas.

a) ***Los textos*** — De los textos convencionales que antes hemos reproducido podemos destacar alguna expresión que se refiere a nuestro problema presente; además, algún que otro texto internacional puede ser traído en nuestra ayuda.

El artículo 49 del I Convenio (y sus idénticos de los otros tres), cuando se refiere a las medidas legislativas necesarias que han de tomar los Estados para fijar las sanciones penales, se concreta en las *«...que se han de aplicar a las personas que hayan cometido o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio...»*, (lo cual es aplicable también a las infracciones graves del Protocolo según dijimos oportunamente.

En el artículo 86, párrafo 2, del Protocolo I, también se alude al problema de la responsabilidad penal o disciplinaria, cuando se refiere a una concreta causa de no exclusión de la misma, diciendo que:

«El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de la responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción».

---

[67] Prescindiendo de problemas teóricos, que son más propios de cualquier ordenamiento penal en su planteamiento general, hemos de precisar que las tres cuestiones que plantea, estas de la responsabilidad son las siguientes: la de las personas que cometen o intervienen en el hecho delictivo, la del grado de comisión de propio hecho delictivo y la de las causas de atenuación o exclusión de la misma responsibilidad civil. Por otra parte, está la cuestión de la responsabilidad civil que, en ciertos casos, acompaña a la responsabilidad penal y en la cual no entramos ahora.

También es útil, a nuestros efectos, citar la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra (y contra la humanidad) aprobada por la Resolución 2391(XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, en cuyo artículo 1,a) se declara la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra definidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y particularmente la de *«...las «infracciones graves» enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra»*, añadiendo, en el artículo 2:

«Si alguno de los crímenes mencionados en el artículo 1 es cometido, las reglas de esta Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad de los Estados y a los individuos privados que, como principales o cómplices, participan o directamente incitan a otros a la comisión de alguno de estos crímenes o que conspiran para cometerlos, independientemente del grado de ejecución y a los representantes de la autoridad de los Estados que toleran su comisión».

b) ***Consideraciones y conclusión*** — De la consideración de estos textos se pueden deducir las siguientes reglas generales:

- La cuestión de la responsabilidad penal[68] se plantea, en la normativa internacional, únicamente en relación con las infracciones graves, consistan éstas en acciones u omisiones.
- Las reglas que explícitamente dedica la normativa internacional a la regulación de la responsabilidad penal son muy escasas, por lo que sus lagunas tienen que ser suplidas por deducciones o por aplicación de principios de carácter general.
- Teniendo esto en cuenta, la responsabilidad penal por razón de las infracciones graves presenta los tres problemas prácticos tradicionales de la responsabilidad de las personas, la responsabilidad por el grado de ejecución y la aminoración o exclusión de responsabilidad en ciertos casos.
- En cuanto a las personas responsables, el principio general es que son responsables todos los que, de cualquier forma, participan en la infracción y concretamente: 1º) los que cometen materialmente la infracción, sean subordinados, personas privadas, superiores o representantes de la autoridad de los Estados; 2º) los que parti-

[68] En cuanto la distinción entre lo disciplinario y lo penal es una creación de cada legislador en atención a la diferencia cuantitativa de la infracción, prescindimos de hacer aquí diferencias en el tratamiento internacional. En principio, todo lo que se diga de la responsabilidad penal es aplicable a la responsabilidad disciplinaria, aunque más adelante haremos una precisión sobre esto.

cipen en la comisión por cualquier título y, concretamente, los cómplices, los que incitan a la comisión o los que conspiran para ella; y 3º) los que den orden de cometer la infracción y los superiores y autoridades que la toleran pudiendo evitarla o no la reprimen.[69] Esta misma posición fue la que adoptó el Estado del Tribunal de Nuremberg.[70]

- La responsabilidad penal se produce cualquiera que sea el grado de ejecución de la infracción, es decir, tanto si se ha consumado, como si se ha frustrado o si se ha quedado en mera tentativa aunque, naturalmente, el grado de responsabilidad será distinto y con distintas consecuencias.
- El problema de la atenuación, agravación o exclusión de la responsabilidad penal no ha sido abordado ni en los Convenios ni en el Protocolo I y solamente, de modo tangencial, lo tocan, cuando se dispone que la responsabilidad penal de quien comete una infracción no es causa de exención de responsabilidad penal para el

---

[69] Con referencia exclusivamente, como es lógico, a los Convenios, se dice en el *Commentaire de la Ire Convention*, (*op. cit.*, p. 409) que «les sanctions à fixer s'appliquent aux personnes ayant commis ou ayant donné l'ordre de commettre une infraction grave. Ainsi donc se trouve établie la responsabilité conjointe de l'auteur d'un acte et de celui qui l'a ordonné: ils pourront tous deux être poursuivis comme co-auteurs» *(«las sanciones que deben fijarse se aplican a la personas que hayan cometido o hayan dado la orden de cometer una infracción grave. Así pues, se establece la responsabilidad conjunta del autor de un acto y de aquel que lo ordenó: ambos pueden ser juzgados como coautores»)*, añadiendo a continuación que «cependant, aucune allusion n'est faite à la responsabilité que pourraient encourir des personnes qui ne sont pas intervenues pour empêcher une infraction ou la faire cesser» *(«no obstante, no se hace ninguna alusión a la responsabilidad en que podrían incurrir las personas que no hayan intervenido para impedir una infracción o para hacerla cesar»)*, lo que siendo evidentemente cierto en los Convenios ha sido corregido en el Protocolo adicional I, en el artículo 86, párrafo 2 — que hemos reproducido — y al cual se refiere el *Commentary on the Protocols*, (*op, cit.*, p. 1011) explicando que «The recognition of the responsibility of superiors who, without any excuse, fail to prevent their subordinates from committing breaches of the law of armed conflict is therefore by no means new in the treaty law. However, this principle was not specifically governed by provisions imposing penal sanctions» *(«El reconocimiento de la responsabilidad de los superiores que, sin ninguna excusa, no evitan que sus subordinados cometan infracciones del derecho de los conflictos armados no es de ninguna manera nueva en el derecho codificado. No obstante, este principio no está específicamente regulado por disposiciones que impongan sanciones penales»)*. Evidentemente resulta que la responsabilidad ha extendido su campo, incluyendo a los «tolerantes» y esto tanto para las infracciones del Protocolo I como para las de los Convenios, dados los términos del artículo 86, párrafo 2 del Protocolo I.

[70] En el artículo 6 del Estatuto se adoptó el principio de la responsabilidad individual por la comisión de los concretos crímenes de guerra que en el mismo se recogían, además de la responsabilidad de los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices en la elaboración o ejecución de un plan común o una conspiración para cometer dichos crímenes, en los actos realizados por una persona para ejecutar dichos planes.

superior que la tolera. Así pues, esta cuestión está en manos de los ordenamientos estatales,[71] de manera que ello ha supuesto un retroceso con respecto al planteamiento de Nuremberg,[72] recogido en los Principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto de Nuremberg.[73]

B. Los complementos nacionales

La labor complementaria de los ordenamientos estatales, en este punto de la responsabilidad penal, como fácilmente puede deducirse de cuanto acabamos de exponer, es muy amplia. La escasez de reglas internacionales al respecto hay que suplirla con la abundancia de normas nacionales.

a) ***Los textos*** — Aunque los preceptos generales en la materia, ya citados (artículo 49 del I Convenio y sus correlativos en los otros tres y el Protocolo I, artículos 85 párrafo 1 y 86 párrafo 1), nada dicen

---

[71] Lo que el *Commentaire de la I^e Convention* (*op. cit.*, pp. 409-10) dice con respecto a la cuestión de la culpabilidad de los actos cometidos por orden de un superior, puede considerarse como general: «La Conférence Diplomatique n'a pas retenu cette notion, laissant à la législation nationale le soin de résoudre le problème» (*«La Conferencia Diplomática no confirmó esta noción y dejó a la legislación nacional la resolución del problema»*).

[72] En los juicios de Nuremberg y Tokio, las defensas de los acusados propusieron diversas excepciones a la exigencia de responsabilidad penal, pero todas ellas fueron rechazadas con una base internacional. Fueron alegadas: 1ª) la excepción del principio «nullum crimen sine lege», rechazado en virtud de una interpretación amplia de la ley, en el sentido de que las leyes no son solamente las normas escritas, sino también las de carácter consuetudinario; 2ª) la no retroactividad de las leyes penales, rechazada también como una modalidad de la anterior, en función de que tales crímenes ya habían sido reconocidos como tales en la época de su consumación; 3ª) la circunstancia excluyente de haber obrado en virtud de órdenes de un superior, es decir, la excepción de la obediencia debida, para salvar la cual se dictó el artículo 3 del Estatuto en el sentido de no excluirse la responsabilidad y, a lo más, atenuarla; y 4ª) la excepción de estado de necesidad, rechazada porque esta excusa nunca ha sido recibida en el derecho internacional y, además, ha sido condenada por el mundo civilizado.

[73] En los *Principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg*, adoptados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se rechazan ciertas excepciones a la exigencia de responsabilidad penal. En el Principio II, se dice que «El hecho de que la ley nacional no establezca pena por un hecho que constituye un crimen de derecho internacional no exime a la persona que ha cometido el acto de la responsabilidad de derecho internacional». El Principio III dispone que «El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen internacional, haya obrado en calidad de Jefe de Estado o alto funcionario estatal, no la exime de una responsabilidad de derecho internacional». Y el Principio IV establece que «El hecho de que una persona haya obrado siguiendo las órdenes del propio Gobierno o de un superior no la exime de una responsabilidad de derecho internacional, si tuvo la posibilidad real de una elección moral».

concreta y expresamente sobre la responsabilidad penal, fácilmente puede deducirse que al disponerse con carácter general que los Estados *«...se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas...» para sancionar las infracciones graves* y *«...las oportunas medidas...»* para hacer que cesen las infracciones leves, los Estados están obligados a tomar cuantas medidas sean necesarias al efecto y, concretamente, las que se refieren a la responsabilidad penal aunque, como hemos dicho, no se citen expresamente.

Para esbozar en lo que sea posible,[74] un esquema de actitudes estatales en esta materia, hay que partir de la distinción fundamental entre infracciones graves y las otras infracciones.

b) ***Infracciones graves*** — En cuanto a las infracciones graves, únicas que, en la normativa internacional, producen la responsabilidad penal, las actitudes de los Estados pueden ser, principalmente tres:

- La de los Estados que, en materia de responsabilidad penal, aplican sus normas comunes, sin modificación alguna por tratarse de infracciones de la normativa internacional, de cualquier forma en que aparezcan en la normativa interna. Esto vale tanto para la declaración de la responsabilidad de las personas como para el grado de ejecución del hecho y para la aplicación de las causas que atenúan, agravan o excluyen tal responsabilidad penal.[75]
- La posición de los Estados que, de maneras muy distintas, tienen normas especiales sobre la responsabilidad penal que procede de la comisión de una infracción contra la normativa humanitaria bélica internacional. Unas veces reiteran principios que forman parte de su propio sistema interno y otras los modifican, tanto en relación con los individuos, como con respecto al hecho o a la exclusión de la responsabilidad.[76]

---

[74] Tenemos que recordar la dificultad para disponer de las fuentes documentales necesarias.

[75] En esta posición están casi todos los países, aunque en muchos casos se produzcan situaciones difíciles de resolver. Caso típico es el de los *Estados Unidos* (que aplican sus normas comunes, militares u ordinarias, para castigar a los culpables de infracciones que son equiparables a las de carácter internacional; actualmente se discute la excepción de responsabilidad por razón de obediencia debida). Otro Estado en esta misma situación es *Francia* (que igualmente aplica sus normas comunes sobre responsabilidad, unas veces utilizando sus normas ordinarias y otras sus reglas militares, según en cuál normativa encajen los actos contra las leyes y costumbres de la guerra).

[76] Algunos países han introducido modificaciones propias sobre la responsabilidad, como es el caso de *España* (que ha restringido la responsabilidad penal a los que son militares) y *Portugal* (en el mismo sentido), lo cual es bien

- Finalmente, hay algunos otros países que han recogido alguna de las escasas normas internacionales con respecto a la responsabilidad penal, de cualquier forma que lo hayan efectuado. Estos países aplican su normativa común al respecto, aunque modificándola, si procede, con tales normas internacionales.[77]

c) ***Infracciones leves*** — En cuanto a las infracciones leves o demás infracciones no graves o actos contrarios, baste decir que:

- En cuanto el orden internacional no exige su sanción penal, el problema de la responsabilidad penal no se presenta como imperativo para los Estados.
- Sin embargo, cuando los Estados convierten estas infracciones en delitos, el establecimiento de la responsabilidad penal, es, en los mismos términos que para las infracciones graves ineludible.[78]

C. Conclusión

En conclusión, la normativa internacional del derecho de la guerra se refiere escasamente a la responsabilidad penal por razón de las infracciones graves, por lo que la casi totalidad de las correspondientes reglas ha de ser adoptada por los ordenamientos internos, produciéndose aquí, como en el caso de los tipos de delito, una disparidad entre las posturas estatales que sólo desigualdades puede producir. En

---

criticable porque las personas civiles que cometen infracciones contra las leyes y los usos de la guerra tienen que ser juzgadas por responsabilidades que difícilmente encajan en otros preceptos represivos. *Inglaterra* (que establece expresamente la responsabilidad de los autores, coautores, cómplices y encubridores, cualquiera que sea el lugar de comisión de la infracción, separándose así de su vieja tradición territorialista) y *Holanda* (que establece expresamente la responsabilidad del autor de una orden ilegal).

Probablemente, un examen profundo de los textos de muchos países, de los cuales no disponemos, nos llevaría a incluir en esta lista a otros.

[77] *Suecia* (que ha recogido del orden internacional la responsabilidad penal del superior, cuando la infracción ha sido cometida por un subordinado y aquel, conociéndolo, no la ha reprimido o si todavía no se había producido, no la ha evitado) y *Noruega* (que recoge la responsabilidad no sólo de los autores sino también de los cómplices de las infracciones contra los Convenios), pueden ser incluidos en este grupo.

[78] Como se explica en el *Commentary on the Protocols* (*op. cit.*, p. 976, nota 11), «Nor does it prevent Contracting Parties from providing in their national legislation for the penal repression of yet other breaches; those, however, would only be punishable if commited by members of their own armed forces» (*«Esto no impide a las Partes Contratantes prever en su legislación nacional la represión penal de otras infracciones; éstas, sin embargo, sólo serán punibles si las cometen miembros de sus propias fuerzas armadas»*. Igual posición mantuvo el delegado italiano en la Conferencia Diplomática sobre el Derecho Humanitario de 1974-1977 (CDDH/SR.44)).

cuanto a las infracciones leves, sólo están obligados a ocuparse de la responsabilidad penal los Estados que las transforman en tipos delictivos.

3. Las sanciones penales

El mecanismo punitivo del derecho de la guerra se adapta al planteamiento general, según el cual la sanción penal es la consecuencia inmediata de la responsabilidad penal y la consecuencia última o mediata de la infracción.

Como en todo el sistema, aquí aparece un marco internacional, bien poco definido, y una necesidad de complementos nacionales, absolutamente ineludibles.

A. La base internacional

El marco internacional es tan escaso que prácticamente se reduce al apunte de un principio general.

a) ***Los textos*** — En los preceptos básicos a que nos venimos refiriendo (artículo 49 del I Convenio y sus correlativos en los otros tres y los artículos 85, y 86, párrafo 1 del Protocolo I), al decir que los Estados deberán tomar las medidas legislativas necesarias, se concreta que lo serán para «*...determinar las adecuadas sanciones penales...*» por razón de las infracciones graves, añadiendo más adelante que se tomarán las oportunas medidas para «*...que cesen los actos contrarios...*» que consistan en infracciones no graves.

Por otra parte, el Protocolo I se limita a ampliar el sistema para las infracciones que en él se expresan.

b) ***Consideraciones y conclusión*** — De la consideración de estas expresiones de los preceptos citados, cabe deducir los siguientes principios:

- La normativa internacional impone a los Estados el compromiso de fijar las sanciones penales exclusivamente por razón de las infracciones calificadas de graves en los Convenios y en el Protocolo I.
- Con respecto a las otras infracciones no calificadas expresamente como graves, es decir, los demás actos contrarios a la normativa internacional, no se establece otra prevención que la de hacerlas

cesar, por lo que los Estados no están obligados a fijar penas, aunque nada impide que voluntariamente lo hagan.[79]

- Las sanciones penales por razón de las infracciones graves, que los Estados han de fijar, habrán de ser proporcionadas o adecuadas a la gravedad de la infracción,[80] lo que implícitamente supone que los Estados están obligados a establecer una escala de penas de distinta gravedad e incluso de distinta naturaleza, según sus propios criterios internos.[81]
- Estos principios son aplicables tanto a las penas relativas a las infracciones graves de los Convenios como a las relativas a las infracciones graves contenidas en los preceptos del Protocolo I, en cuanto el sistema es el mismo para aquéllos y para éste, según ya dijimos.
- Resulta innecesario explicar que la consecuencia de esta absoluta delegación, por así decirlo, del orden internacional en los órdenes internos, en cuanto a la imposición de penas, es una anarquía total del sistema que engendra múltiples y lamentables consecuencias.[82]

B. Los complementos nacionales

La complementación de estos principios es labor de los Estados mediante su ordenamiento interno.

---

[79] Este supuesto sólo se da cuando los Estados convierten las infracciones no graves, según los textos internacionales, en delitos o crímenes, lo cual no sólo pueden hacer sino que, en ciertos casos, se ha hecho.

[80] En el *Commentaire de la I^e Convention* (*op. cit.*, p. 409) se apostilla que «la législation à promulguer sur la base... nous semble-t-il, devra fixer, pour chaque infraction, la nature et l'étendue de la peine, et cela en tenant compte du principe de la proportionnalité des peines avec la gravité des délits» *(«La legislación que se promulgue sobre la base de... deberá, a nuestro parecer, fijar para cada infracción la naturaleza y la magnitud de la pena, teniendo en cuenta el principio de la proporcionalidad de las penas con respecto a la gravedad de los delitos»).*

[81] En cuanto la pena es una creación de la ley, sólo tienen el carácter de penas, en sentido técnico, las que en cada legislación se consideran como tales. No existiendo un concepto internacional de pena, éstas habrán de ser necesariamente muy distintas en los diferentes ordenamientos nacionales. Por otra parte, no se puede ignorar que las infracciones del derecho de la guerra tienen especiales connotaciones en relación con los delitos de naturaleza común de todos los ordenamientos nacionales; de donde resulta que probablemente tampoco es muy adecuado aplicar las penas de naturaleza común, sin más, a los culpables de tales infracciones (Véase J. Y. Dautricourt, «La protection pénale des Conventions internationales humanitaires», *Revue de droit pénal et de criminologie,* vol. 35, nº 9, junio de 1955).

[82] Aunque ya hemos hecho alusión a esta cuestión, a propósito de las diferencias estatales en la tipificación de las infracciones, vale la pena recordar que las diferencias entre las penas que imponen por el mismo hecho los diferentes Estados son abismales. Lo que ocurre es que, sencillamente, no se ha conseguido más en el orden internacional.

a) ***Los textos*** — Como claramente resulta de los preceptos generales que venimos estudiando, los Estados *«... se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas...»* para fijar las penas por razón de las infracciones graves y a tomar *«... las oportunas medidas...»* para hacer que cesen las otras infracciones.

De acuerdo con este planteamiento internacional, según el cual los Estados se comprometen a tomar distintas clases de medidas para las infracciones graves y para las que llamamos leves, el estudio de la actitud de los Estados al respecto, tiene que partir de tal distinción.

b) ***Infracciones graves*** — En relación con las infracciones graves, y concretamente con las penas imponibles a los que las cometen, los Estados, cumpliendo su compromiso, han adoptado diversas posiciones que, en términos generales, se pueden reducir a tres:

Hay países que podemos calificar como de penalidad rigurosa en cuanto, en general, las penas que han establecido para las infracciones del derecho de la guerra, ya tengan este carácter o coincidan con el mismo (por ser consideradas delitos comunes), son graves o muy graves, llegando a veces a la última pena en circunstancias excepcionales o cuando las consecuencias son muy graves.[83] Los Estados que han adoptado esta solución lo han hecho, unas veces, por medio de una sanción global grave o relativamente grave y, otras, por medio de una serie plural de sanciones cuando los delitos se han detallado, adoptándose a veces un criterio mixto.[84]

Otro grupo de países puede ser calificado como de penalidad moderada, puesto que las penas que se imponen son relativamente leves teniendo en cuenta la gravedad de los delitos de que se trata.[85]

---

[83] En este punto es revelador el artículo 69 del Código Penal Militar de *España* en el que, para el que maltrate de obra al enemigo rendido o que no tiene medios de defenderse, se impone la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años; si le causa lesiones graves, se eleva la pena de cinco a quince años y, si le causa la muerte, se puede imponer de quince a veinticinco años de prisión e incluso la muerte.

[84] Son países que podemos calificar como de penalidad rigurosa, *Inglaterra* (que, por ejemplo, en caso de homicidio voluntario de una persona protegida por un Convenio impone la pena de prisión perpetua), *Holanda* (cuyas penas varían desde diez años de prisión a la pena capital, según la gravedad de la infracción y sus consecuencias), *Australia* (que en caso de homicidio voluntario de una persona protegida por alguno de los Convenios, puede llegar a la prisión perpetua y a la pena de muerte), *Canadá* (que, en casos análogos, puede llegar a imponer la pena de muerte), *Checoslovaquia, Hungría* y la *URSS* (donde, en ciertos casos, se puede llegar a la imposición de la pena de muerte), aparte del anteriormente citado caso español, y otros muchos que no podemos enumerar.

[85] La realidad es que los Estados, en cierto modo, están condicionados en el sistema de penas imponibles a las infracciones del derecho de la guerra y no sólo por su propio sistema penal, sino muy especialmente por sus precedentes inmediatos. Así

Del mismo modo que en el caso anterior, la penalidad ha sido establecida, en unos casos, globalmente con un límite superior relativamente bajo y, en otros, con penas detalladas, sin que ninguna pueda ser considerada como grave.[86]

Otros países se pueden agrupar en torno a la idea de que su penalización de las infracciones consiste en una amplia gama de penas que van desde las que se pueden calificar de más leves hasta las que verdaderamente son las más graves, cualquiera que sea la forma en que lo hagan, es decir, globalmente o detalladamente o con una fórmula mixta.[87]

c) ***Infracciones leves*** — En cuanto a las infracciones leves, las reglas que se pueden deducir de la exposición, son las siguientes:

Los Estados no están obligados a fijar pena alguna a las infracciones del derecho de la guerra que no sean graves según los Convenios de 1949 y el Protocolo I de 1977.

---

dicen Levasseur y Merle (*L'Etat des législations, op. cit.*, p. 229): «il semble qu'il soit difficile d'insérer dans l'arsenal de la législation répressive d'un pays, en harmonie suffisante avec le contexte, des dispositions sanctionnant le respect des règles du droit humanitaire. Les interventions qui ont lieu paraissent se ressentir d'un passé récent. Aussi, selon que les Etats intéressés ont, au cours de précédents conflits, vu leurs internationaux figurer en grand nombre dans les rangs des victimes ou dans ceux des coupables, la tendance à une répression plus ou moins forte varie considérablement» *(«parecería difícil introducir en la legislación represiva de un país, en armonía con el contexto, disposiciones que sancionen el no respeto de las normas de derecho humanitario. Las intervenciones que tienen lugar a ese respecto parecen influidas por los acontecimientos de un pasado reciente. Así, según que los Estados interesados hayan visto en el transcurso de precedentes conflictos a gran número de sus nacionales en las filas de las víctimas o en las de los culpables, la tendencia a una represión más o menos rigurosa varía considerablemente»).*

[86] En este grupo se puede incluir a *Noruega* (país en el que la pena máxima, en el Código Penal Militar, es de cuatro años, aunque ciertamente se puede elevar por aplicación de disposiciones especiales), *Dinamarca* (donde la pena máxima es de doce años de prisión), *Suiza* (que establece la pena de prisión que puede ir desde tres días hasta tres años, aunque en los casos graves se puede imponer la pena de reclusión que dura de un año a veinte años), *Tailandia* (que señala como pena máxima la de siete años) y muy claramente al *proyecto alemán* (que llega apenas de hasta diez años de prisión como máximo y del cual dicen Levasseur y Merle (*L'Etat des législations..., op. cit.*, p. 230) que «la moderación asombra»). Aunque, en general, se trate de penas que, por relación a otras legislaciones, hay que calificar de leves, no se debe olvidar que las mismas, en ciertos casos, pueden ser elevadas.

[87] Como ejemplos, se puede incluir aquí a *Suecia* (cuyo abanico de penas, para las infracciones de que tratamos, va desde 2 años hasta la prisión perpetua) y a *Brasil* (que, desde penas leves llega hasta la posibilidad de aplicar la pena de muerte). También podríamos incluir aquí el caso de España (al que antes hemos hecho alusión) y esto puede ocurrir con otros países, desde el punto y momento que esta clasificación no deja de ser aproximada y un tanto caprichosa.

Pero sí pueden fijar penas y correcciones disciplinarias, si convierten infracciones no graves en delitos o si, considerándolas como simples faltas, las incluyen en sus reglamentos no sólo para hacerlas cesar sino también para atribuirles dicha corrección.

C. Conclusión

En conclusión, las cuestiones de fijación de las penas están en manos de los Estados de manera absoluta, pues el orden internacional no pone límites, ya que decir que las sanciones han de ser adecuadas es un cheque en blanco para los ordenamientos estatales, como bien acabamos de ver.[88] En cuanto a las infracciones leves, la libertad es todavía mayor, pues ni siquiera los Estados están obligados a fijarlas.

III. EL DERECHO PROCESAL DEL DERECHO DE LA GUERRA

Nos encontramos ahora en presencia de la normativa adjetiva o procesal, que tiene por misión hacer efectiva la normativa penal o substantiva del derecho de la guerra y que plantea como problemas fundamentales los de los tribunales que han de juzgar las infracciones, la competencia de los mismos y, finalmente, el procedimiento que se ha de seguir.

1. Los tribunales competentes

El problema de los tribunales que han de actuar para sancionar las infracciones no está resuelto ni prácticamente planteado, por lo que su solución ha de pasar más por el cauce de una interpretación racional de la materia que por el de la interpretación de los escasos preceptos al respecto.

---

[88] Reiteramos, una vez más, el desconsuelo que produce examinar hasta dónde llegan las disparidades por razón de la concreta fijación de las penas pues, para hechos análogos o de semejantes consecuencias, éstas son muy diversas. Tal vez el orden internacional no ha podido llegar a más, puesto que aquí también parece que se está tocando el sensible punto de la soberanía estatal.

A. El plano internacional

En el plano internacional, además de alguna referencia que consta en los preceptos generales sobre la represión, hay otros preceptos que trazan una línea fundamental.

a) ***Los textos*** — En el artículo 49 del I Convenio (y sus correlativos en los otros Convenios), se dice que los Estados Partes tienen la obligación de buscar a las personas acusadas de infracciones graves *«... y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales...»* pudiendo, si lo prefiere, entregar a dichas personas *«... para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada...»*, sobre entendiéndose que por sus propios tribunales.

El III Convenio de 1949, relativo a los prisioneros de guerra, en su artículo 84, contiene una regla que nos puede dar luz sobre la actitud internacional al respecto, pues se dice:

«Únicamente los tribunales militares podrán juzgar a un prisionero de guerra, a no ser que en la legislación de la Potencia detenedora se autorice expresamente que los tribunales civiles juzguen a un miembro de las fuerzas armadas de dicha Potencia por una infracción similar a la causante de la acusación contra el prisionero.

En ningún caso se hará comparecer a un prisionero de guerra ante un tribunal, sea cual fuere, si no ofrece las garantías esenciales de independencia y de imparcialidad generalmente reconocidas...».

Igualmente hay otro precepto, en el artículo 66 del IV Convenio sobre población civil en el que, refiriéndose a otro tipo de infracciones, se exige que los tribunales sean «... tribunales militares, no políticos y legítimamente constituidos...».

En el Protocolo I, en relación con la población civil y concretamente en el trato a las personas en poder de una Parte en conflicto, se dice artículo 75, párr. 4:

«No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley...».

b) ***Consideraciones y conclusión*** — De todos estos preceptos que acabamos de citar parece deducirse una postura general del orden internacional en cuanto a los tribunales. Sus reglas básicas pueden ser esbozadas así:

- Los tribunales que han de juzgar a los que cometen una infracción grave de las definidas en los Convenios o en el Protocolo I serán los nacionales de la Potencia en cuyo poder estén los acusados o los tribunales nacionales de otra Potencia a la cual tales acusados le sean entregados en las condiciones que veremos luego.[89]

- Estos tribunales nacionales podrán ser militares o civiles, tal como predeterminadamente los tenga establecidos el Estado en cuestión, sin que quepa, en consecuencia, la constitución de tribunales especiales para juzgar acerca de las infracciones graves mencionadas en los textos internacionales.

- Los tribunales nacionales habrán de reunir las necesarias garantías de independencia y de imparcialidad, en las condiciones generalmente aceptadas, debiendo, al propio tiempo, estar constituidos con arreglo a la ley.

- En consecuencia, en ningún caso habrán de actuar tribunales que, por su composición o por su actividad, puedan ser calificados de tribunales políticos.

- Los tribunales que juzguen a los extranjeros habrán de ser los mismos que juzgan a los nacionales, por el mismo tipo de infracciones graves cometidas.[90]

B. Los planos nacionales

La actividad complementaria de los Estados en esta materia no presenta problemas, ya que la remisión genérica hecha a los tribunales nacionales supone que los Estados utilizarán su propio sistema judicial en las condiciones en que está establecido.

---

[89] Aunque las Naciones Unidas se han referido en diferentes ocasiones a la posibilidad de crear una Corte Internacional Penal (Resolución 951 del 11 de diciembre de 1946, Resolución del 9 de diciembre de 1948, Resolución del 11 de diciembre de 1957), lo cierto es que ni se ha constituido ni en plazo próximo se puede prever su constitución. De ahí la necesidad en que se ve el derecho de la guerra de acudir a los diferentes tribunales nacionales.

[90] En el *Commentaire de la I^e Convention* (*op. cit.*, p. 411) se dice: «La poursuite devant les tribunaux devra s'effectuer d'une manière uniforme, quelle que soit la nationalité des inculpés. Nationaux, amis, ennemis, tous seront soumis aux mêmes règles de procédure et seront jugés par les mêmes tribunaux» *(«La acción legal ante los tribunales debe efectuarse de manera uniforme, cualquiera sea la nacionalidad de los acusados. Nacionales, amigos, enemigos, todos estarán sujetos a las mismas normas de procedimiento y serán juzgados por los mismos tribunales»).*

Desde luego, todos los Estados tienen, por principio, tribunales ordinarios y tribunales militares (estando sometidos a estos últimos los militares con distinta amplitud según criterio adoptado y las personas civiles en ciertas circunstancias), pero en cuanto las infracciones graves de los Convenios y del Protocolo I sólo pueden cometerse en tiempo de guerra, lo único que actualmente nos interesa destacar es qué clase de tribunales existen en esta situación bélica.

Muy brevemente, y por señalar algunos ejemplos, podemos distribuir los Estados, a este respecto, en tres grupos distintos:

- Por un lado, están los Estados que, en tiempo de guerra, no sólo tienen tribunales militares que entienden de las infracciones de la normativa humanitaria bélica, sino que también tienen tribunales ordinarios que entienden de las infracciones cometidas por personas civiles.[91]
- Por otro lado, hay Estados que tienen tribunales militares en tiempo de guerra y que conservan tribunales ordinarios que, por principio, entienden de estas infracciones, aunque cierta competencia de éstos es atraída por los tribunales militares.[92]
- En tercer lugar, hay Estados que, en tiempo de guerra, sólo tienen tribunales militares para juzgar acerca de las infracciones de los Convenios y del Protocolo I.[93]

C. Conclusión

En conclusión, el orden internacional del derecho de la guerra impone a los Estados la obligación de actuar por medio de sus propios tribunales nacionales, con las condiciones mínimas a que nos hemos referido. Por su parte, los Estados, para acomodarse, por así decirlo, al orden internacional, no tienen que hacer modificación alguna en su

---

[91] Se encuentran en este grupo, entre otros, los *Estados Unidos* (que, en tiempo de guerra, tienen los dos tipos de tribunales e incluso pueden crear otros de tipo ordinario), *Bélgica, Irlanda,* la *República Federal Alemana, España, Bélgica* y *Dinamarca.*

[92] Éste es el caso de *Inglaterra* (que, en tiempo de guerra, mantiene tribunales militares para los militares y tribunales ordinarios para las personas civiles, aunque algunos de éstos sean atraídos a la competencia de los primeros) y el de *Noruega* (en análogas condiciones que en el caso inglés, siendo los tribunales militares, en tiempo de guerra, los que juzgan a las personas civiles por infracciones cometidas en el teatro de operaciones).

[93] En esta situación se encuentra, por ejemplo, *Suiza* (que, en tiempo de guerra y a nuestros efectos, sólo tiene tribunales militares) e *Italia* (que, en tiempo de guerra, somete las personas civiles, por estas infracciones, a los tribunales militares).

estructura judicial sino, simplemente, aplicarla a la sanción de las infracciones internacionales.[94]

2. La competencia de los tribunales

La concreta cuestión de la competencia de los tribunales nacionales es, fundamentalmente, materia que hay que resolver aplicando la normativa interna de los Estados, aunque algunas normas internacionales sean aprovechables al respecto.

A. El plano internacional

En el plano internacional, sólo se puede destacar lo que se dice en los Convenios.

a) ***Los textos*** — En el artículo 49 del I Convenio de Ginebra (y sus correlativos en los otros tres Convenios), se dispone, en su párrafo segundo, que cada Parte contratante perseguirá a las personas acusadas de una infracción grave

«... y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere... entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.»

b) ***Consideraciones y conclusión*** — De este precepto parece deducirse, en términos breves, que:

- Lo que se establece es, más que una regla de competencia, una regla de jurisdicción nacional, ya que no se determina la competencia que corresponde a cada uno de los tribunales nacionales sino, mucho más ampliamente, la jurisdicción del Estado.
- La jurisdicción de los Estados, con respecto a las infracciones graves, se determina en función de la situación física de los acusados, sin que la nacionalidad tenga influencia sobre la misma.
- En cuanto se establece la obligación de juzgar a las personas acusadas de la comisión de una infracción grave, la normativa internacional no se muestra interesada en la cuestión del país

[94] Volvemos a recordar, como hemos dicho, y esto es válido para el problema de las competencias que estudiaremos a continuación, que la dificultad de obtener datos concretos nos obliga a presentar solamente algunos ejemplos y que éstos, a su vez, están sometidos a crítica.

donde se juzga, por lo que deja en manos del Estado, en cuyo poder se encuentre el acusado, la decisión de juzgarlo él mismo o entregarlo a otro Estado interesado.

- Lo único que no puede hacer el Estado en cuyo poder se encuentra el acusado es abstenerse de llevarlo ante sus tribunales nacionales y abstenerse de entregarlo. Se trata de la aplicación del viejo adagio romano «aut judicare aut dedere».

B. Los planos nacionales

Así, todo el problema de la competencia de los tribunales nacionales es una cuestión que cada Estado ha de resolver según sus propios criterios. Los diferentes países tienen diferentes normas de competencia y, tratándose de la situación de guerra, se pueden adscribir a uno de estos dos grupos:

- Países que, para enjuiciar a los autores militares de infracciones graves, tienen tribunales militares y sólo en algún caso excepcional los someten a tribunales civiles.[95]
- Países que, para enjuiciar a los autores civiles de infracciones graves, tienen tribunales ordinarios, salvo que en algunas situaciones los sometan a tribunales militares.[96]

C. Conclusión

En conclusión, lo que el orden internacional establece es la jurisdicción nacional de cada Estado, por razón de la presencia del acusado en el territorio del mismo, sin consideración a su nacionalidad ni al lugar de la comisión de la infracción. La competencia concreta de cada tribunal del Estado es una cuestión de la organización judicial nacional y de la existencia de una situación de guerra.[97]

---

[95] En este caso se encuentran *Suiza* (donde la jurisdicción militar es siempre competente, según el Código Penal Militar, tanto para los militares como para las personas civiles), *Turquía, Dinamarca,* el proyecto de *Bélgica, Francia* (que somete a los tribunales militares los propios militares y equiparables y, a falta de texto atributivo de competencia, a las personas civiles), *Noruega, Irlanda, Inglaterra, Canadá, Brasil* y los *Estados Unidos* (que someten los militares a tribunales ordinarios en tiempo de guerra y en defecto de los tribunales militares).

[96] Aquí hay que incluir a *Dinamarca, Estados Unidos* (salvo que se creen tribunales especiales), *Irlanda, Canadá,* la *República Federal de Alemania* y *Brasil.*

[97] La organización judicial de muchos de los Estados citados es más compleja, pero en cuanto las infracciones graves sólo pueden cometerse en tiempo de guerra, la hemos simplificado de intento.

3. El procedimiento judicial

El problema del procedimiento judicial que se ha de seguir para castigar las infracciones graves de los Convenios de 1949 y del Protocolo I de 1977 se resuelve a base de algunos textos internacionales en los que se establecen los mínimos de actuación estatal y de los preceptos procesales que cada Estado dedica a la materia, en general, en cuanto en su mayor parte, ésta aparece regulada por normas nacionales.

A. El plano internacional

Las normas internacionales no son exactamente normas de procedimiento, sino más bien normas de garantías de procedimiento, puesto que el procedimiento, en sí mismo, no está establecido internacionalmente.

a) ***Los textos*** — Los preceptos internacionales, en concreto, aparecen en el artículo 49 del I Convenio (y sus correlativos en los otros tres), cuando se dispone que *«Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas...»* para que las juzguen sus propios tribunales, aunque podrá también, si lo prefiere, *«... y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas...«* para que sean juzgadas por otra Parte Contratante *«interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes»*, añadiendo en el último párrafo que *«Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra»*, que se refieren al derecho de defensa (artículo 105), al derecho de recurrir (artículo 106), a la comunicación de la sentencia (artículo 107) y al cumplimiento de las penas (artículo 108).

De los Convenios también, son aplicables el artículo 52 del I Convenio, 53 del II, 132 del III y 149 del IV, que se refieren al procedimiento de investigación de la violación de la normativa.

En el Protocolo I, se dictan las siguientes normas relativas directamente al procedimiento:[98]

---

[98] Véase artículo 75

«3. Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado, será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento.

4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes:

a) *el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de este, todos los derechos y medios de defensa necesarios;*

b) *nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;*

c) *nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infractor se beneficiará de esa disposición.*

d) *toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;*

e) *toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;*

f) *nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable;*

g) *toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;*

h) *nadie podrá ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y con el mismo procedimiento judicial, por un delito respecto al cual se haya dictado ya una sentencia firme, condenatoria o absolutoria;*

i) *toda persona juzgada por una infracción tendrá derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente; y*

j) *toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.*

5. Las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar.

6. Las personas detenidas, presas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado disfrutarán de la protección otorgada por el presente artículo, incluso después de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento.

7. A fin de evitar toda duda en cuanto al procesamiento y juicio de personas acusadas por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se aplicarán los siguientes principios:

a) *las personas acusadas de tales crímenes deberán ser sometidas a procedimiento y juzgadas de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional; y*

b) *cualquiera de esas personas que no disfrute de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo, recibirá el trato previsto en el presente artículo, independientemente de que los crímenes de que se la acuse constituyan o no infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo.*

8. Ninguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional»,

refiriéndose este párrafo 1 a las personas en poder de una Parte en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable.

También son aplicables los artículos 89 y 90 del Protocolo I, relativos a la cooperación con las Naciones Unidas y a la Comisión Internacional de Encuesta.

Finalmente, hay que reproducir asimismo el artículo 88, también del Protocolo I, que se refiere a la asistencia mutua judicial en materia penal y en el que se dice:

«1. Las Altas Partes contratantes se prestarán la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo.

2. A reserva de los derechos y obligaciones establecidos por los Convenios y por el párrafo 1 del artículo 85 del presente Protocolo, y cuando las circunstancias lo permitan, las Altas Partes contratantes cooperarán en materia de extradición. Tomarán debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada.

3. En todos los casos será aplicable la ley de la Alta Parte contratante requerida. No obstante, las diposiciones de los párrafos precedentes no afectarán a las obligaciones que emanen de las disposiciones contenidas en cualquier otro tratado de carácter bilateral o multilateral que rija o haya de regir, total o parcialmente, en el ámbito de la asistencia mutua judicial en materia penal.

b) ***Consideraciones y conclusión.*** — De estos preceptos que acabamos de reproducir se pueden deducir, abreviadamente, las siguientes reglas procedimentales de carácter internacional:

- La primera obligación de los Estados es la de buscar a las personas acusadas de haber cometido una infracción grave, la cual puede iniciarse bien «de oficio» o bien a instancia de parte[99] y con independencia de que los acusados se encuentren en su territorio o fuera de él.[100]
- Esta obligación es la directa consecuencia de la existencia de una infracción grave, para cuya fijación, las Partes pueden acudir al procedimiento de investigación recogido en los Convenios o al procedimiento de la Comisión Internacional de Encuesta establecido en el Protocolo I, que ya hemos estudiado.[101]

---

[99] En el *Commentaire de la I^re^ Convention* (*op. cit.*, p. 411) se dice: «Ce n'est donc pas seulement sur la demande d'un Etat que l'on devra entreprendre les recherches policières nécessaires, mais aussi spontanément» (*«Las investigaciones policiales necesarias deberán emprenderse no sólo a pedido de un Estado, sino también espontáneamente»*).

[100] Para esto se puede acudir a la llamada «ayuda mutua judicial» o a la «Commission Internationale de Police Criminelle» o a la «Asistencia mutua judicial en materia penal», ésta de tipo específico.

[101] En cuanto estos procedimientos son aplicables lo mismo a las violaciones

- Comprobada la existencia de la infracción, si hubiere sido necesario, y halladas las personas acusadas de la misma, el Estado en cuestión está obligado a someterlas a sus tribunales, cualquiera que sea la infracción cometida y la nacionalidad de los acusados, salvo que prefiera entregarlos a otro Estado interesado para que éste los juzgue.
- En el caso de que el Estado se proponga someter a los acusados a sus propios tribunales, se seguirá el procedimiento con arreglo a las leyes procesales del Estado, ordinarias o militares, según se disponga, pero habrán de observarse unas garantías mínimas establecidas en las normas internacionales, en los siguientes términos:
  - — Como regla de carácter general, para todos los inculpados, estos se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, no inferiores a las previstas para los prisioneros de guerra en los artículos 105 y siguientes del III Convenio,[102] que ya hemos citado.
  - — Si se trata de acusados con estatuto de prisionero de guerra, habrán de observarse, como mínimos, las garantías que para los procedimientos judiciales se mencionan en los artículos 99 y siguientes del III Convenio.
  - — Cuando los acusados sean personas que estén en poder de la Potencia juzgadora, se vean afectados por la situación bélica y no tengan un trato más favorable, se observarán las garantías procesales del artículo 75, parágrafos 3 y siguientes del Protocolo I. Las categorías de personas protegidas por estas garantías son, en definitiva: los nacionales de los Estados no Partes en los Convenios, los nacionales de los Estados no Partes en el conflicto, los nacionales de los Estados aliados, los refugiados y los apátridas, los mercenarios, las personas a quienes se

---

cometidas por los Estados que a las infracciones cometidas por los individuos, son aplicables, en este punto, las reflexiones que en su momento hicimos con relación a los Estados.

[102] Como se explica en el *Commentaire de la I^re^ Convention*, (*op. cit.*, p. 415): «En se référant aux règles établies pour les prisonniers de guerre, la Conférence diplomatique a pris une décision sage. Plutôt que d'établir un droit nouveau, elle a préféré renvoyer à un droit déjà existant, un droit qui a fait ses preuves et qui constitue pour les inculpés une sauvegarde certaine» *(«Al referirse a las normas establecidas para los prisioneros de guerra, la Conferencia Diplomática tomó una sabia decisión. En lugar de estipular un nuevo derecho, prefirió referirse a uno ya existente, de probado valor y que constituye una genuina salvaguardia para los inculpados». A nuestro entender, quizás hubiera sido mejor la solución inversa: establecer las garantías con carácter general en el artículo 49 del I Convenio y sus correlativos y hacer la referencia a ellas en el Convenio relativo a los prisioneros de guerra»).*

deniega el estatuto de prisionero de guerra y las personas que, por ejercer actividades perjudiciales para una Parte, no pueden ampararse en el Convenio IV (artículo 5), apareciendo así estas garantías como un «estandard» mínimo.[103]

- Si el Estado en cuyo poder se encuentran los acusados prefiriese entregarlos a otra Parte contratante, habrá de hacerlo de conformidad con las disposiciones de su propia legislación y solamente en el caso de que esta otra Parte esté interesada en el proceso y haya formulado contra los acusados cargos suficientes.[104] Estas condiciones no son otra cosa que garantías de la posible extradición que, por lo demás, constan en casi todos los tratados de este género.

- Además, tratándose de una cuestión de extradición, las Partes han de cooperar y tomar en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada, siendo siempre aplicable la ley de la Parte contratante requerida y sin que esto afecte a las obligaciones que resulten de cualquier otro tratado en el ámbito de la asistencia mutua judicial penal.

- En toda la materia, y no sólo en caso de extradición, las Partes contratantes se prestarán la mayor asistencia posible con relación a todo proceso penal por infracciones graves.

B. Los planos nacionales

Aunque, en principio, carezca de transcendencia referirse a la posición de los Estados en el orden procesal del castigo de las infracciones graves, pues cada uno organiza sus procedimientos como lo tiene a bien, podemos apuntar, por así decirlo, dos grupos de Estados:

---

[103] V. *Commentary on the Protocols* (*op. cit.*, pp. 869-870).

[104] El problema de qué se entiende por «cargos suficientes» ha sido interpretado por la doctrina (*Commentaire de la I^re^ Convention, op. cit.*,, p. 411) diciendo que «c'est, en principe, la législation nationale qui répondra à cette question; mais, d'une manière générale, on peut admettre qu'il s'agit d'un état de fait tel que, dans le pays où l'extradition est demandée, la poursuite devant le tribunal aurait lieu. C'est ce que les autorités judiciaires anglo-saxonnes appellent une inculpation 'prima facie' et c'est ce terme qui est employé dans le texte anglais de l'article» *(«es en principio la legislación nacional la que responderá a esta cuestión; pero, de manera general, puede admitirse que se trata de un estado de hecho tal que, la acción ante el tribunal tendrá lugar en el país en el que se solicita la extradición. Es lo que las autoridades judiciales anglosajonas denominan una inculpación «prima facie» y es ese el término empleado en el texto inglés del artículo»).*

- Países que, habiendo recogido en su ordenamiento interno los tipos de infracciones graves de los Convenios y del Protocolo, de cualquier forma que haya sido, no han modificado su legislación procesal al respecto; por lo que se aplican las reglas generales de los procesos que el Estado considere oportuno aplicar.[105]

- Países que, al tiempo de recoger los tipos de las infracciones de los Convenios y, en su caso, del Protocolo, han regulado el procedimiento al respecto, bien de forma independiente, bien introduciendo modificaciones en los procesos ya existentes.[106]

C. Conclusión

En conclusión, la normativa internacional no establece ningún procedimiento para hacer efectivas las responsabilidades penales consecuencia de la comisión de una infracción grave, lo cual no tiene nada de extraño si consideramos que no hay tribunales internacionales ni competencias internacionales. Así, resulta que los procedimientos aplicables son los de cada Estado, cuyos tribunales entienden de estas infracciones, limitándose el orden internacional a establecer unas garantías mínimas del procedimiento que se utilice, garantías que, por otra parte, suelen existir en las legislaciones procesales de casi todos los Estados, al menos formalmente.

CONCLUSIÓN

Los ordenamientos internos de los Estados, tienen un sistema represivo de las infracciones de su normativa. El derecho internacional también, a su manera, tiene un sistema represivo. Y como quiera que, por lo que atañe a este último pueden cometer actos ilícitos los Estados, las Organizaciones Internacionales y los individuos, a estos tres tipos de sujetos va dirigida la represión.

---

[105] En este grupo está la inmensa mayoría de los países y concretamente *España, Suiza, Noruega, Suecia* (que, aunque sigue el modelo inglés en la tipificación, no lo sigue en el procedimiento), *Francia, Italia, Portugal* y otros muchos.

[106] Aquí hay que incluir a *Holanda* (que instituye jurisdicciones y procedimientos especiales), *Inglaterra* (que, en su «Geneva Conventions Act» de 1957, se extiende más en la adopción de un procedimiento para juzgar que en los delitos mismos, tratando de casi todos los problemas procesales que toca el orden internacional), *Irlanda, Canadá,* la *India, Nueva Zelanda* (que sigue el modelo inglés, calcándolo en materia de procedimiento) y otros países de los que virtualmente pertenecen a la Commonwealth.

El derecho de la guerra, en su vertiente internacional implícita, es una parte del derecho internacional y, en este sentido, participa de todos los problemas y se acoge a todas las soluciones internacionales generales, de donde resulta que el sistema represivo del derecho de la guerra, aunque con variantes, no es sino una manifestación del sistema represivo del derecho internacional en general.

Los Estados, evidentemente, no sólo pueden cometer actos ilícitos según el derecho internacional en general, sino también, muy concretamente, actos ilícitos de guerra, como consecuencia de su participación en un conflicto armado. En el mismo caso se encuentran las Organizaciones Internacionales que, por mediación de las tropas puestas a su servicio, pueden tomar parte en operaciones de neta índole bélica.

Pero el problema más preocupante y que más cuestiones suscita es el de las infracciones, y concretamente las infracciones contra la normativa humanitaria bélica, que pueden cometer los individuos en el plano internacional. El sistema actualmente vigente a este respecto es mixto. El derecho internacional pone el marco jurídico de la represión y los Estados lo llenan con sus propias normativas internas. Esto plantea numerosos problemas, cuya solución no es fácil en el momento actual.

José Luis Fernández Flores

José Luis Fernández Flores y de Funes es magistrado del Tribunal Supremo de España, catedrático de derecho internacional público y privado de la Universidad de Madrid-Alcalá de Henares, general de División, consejero togado de Defensa, director de la *Revista Española de Derecho Militar*, director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, presidente de la Comisión de Instrucción Militar del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo (Italia), vicerrector de la Sociedad de Estudios Internacionales, doctor por la Universidad de Madrid-Complutense.
El autor ha enseñado el derecho internacional público, el derecho internacional privado y el derecho de la guerra en numerosas universidades españolas y extranjeras; es miembro de varias asociaciones nacionales e internacionales de índole jurídica. El profesor Fernández Flores es autor de numerosos libros y artículos entre los cuales se pueden citar: *Tratado de Derecho Internacional Público* (Madrid, 1980), *Manual de Derecho Internacional Privado* (Madrid, 1982), y *Del Derecho de la Guerra* (Madrid, 1982).
Es miembro de la Gran Cruz de la Real y Militar Orden de San Hermengildo.