

Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sanción de los infractores

por **John Dugard**

En 1948, cuando se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, se consideraba que los derechos humanos y el derecho humanitario eran campos separados. Desde la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán el año 1968, la situación ha cambiado drásticamente y ahora se considera que los dos ámbitos son ramas distintas de la misma disciplina. Son varios los factores que han contribuido a esta confluencia, entre los que se cuentan la importancia creciente del derecho penal internacional y la incriminación de las violaciones graves de los derechos humanos. Ése es el tema del presente artículo.

El derecho de Ginebra tiene por objeto proteger a las personas, garantizando que las que han dejado de tomar parte o nunca tomaron parte en las hostilidades sean tratadas con humanidad. La finalidad del derecho de La Haya, por su parte, es restringir la libertad de los beligerantes, prohibiendo los métodos de guerra que causen sufrimientos innecesarios. Aunque se recurre a varias medidas no coercitivas para garantizar la observancia de las normas del derecho internacional humanitario, en última instancia, tanto en el derecho de Ginebra como en el de La Haya se prevén la persecución y la sanción de quienes infrinjan sus normas.

John Dugard es profesor de derecho en la Universidad de Witwatersrand, Johannesburgo, y miembro de la Comisión de Derecho Internacional.

Original : inglés

Tal sanción tiene una larga, pero inconsistente, historia. Para algunos, el primer juicio internacional por crímenes de guerra fue el de Peter von Hagenbach, que fue juzgado, en 1474, —debido a las atrocidades cometidas en su asedio a la ciudad de Breisach para someterla al poder de Borgoña— por un tribunal cuyos jueces procedían de varios Estados y principados¹. Las normas por las que se regula actualmente la persecución de los delincuentes están consignadas principalmente en los Convenios de Ginebra de 1949, que obligan a los Estados a juzgar o extraditar (*aut dedere aut judicare*) a las personas responsables de haber cometido «infracciones graves» contra los Convenios², y en el artículo 85 del Protocolo adicional I.

El derecho de los derechos humanos es diferente por cuanto que se refiere principalmente a las relaciones, en tiempo de paz, entre los Estados y sus súbditos. En la Carta de las Naciones Unidas³ y en la Declaración Universal de Derechos Humanos se proclaman las normas fundamentales de los derechos humanos. Posteriormente, en tratados universales y zonales se han desarrollado estas normas y se han establecido mecanismos para su aplicación. Se han creado órganos de vigilancia para examinar informes nacionales, solicitudes individuales y, aunque raramente, demandas entre Estados. Estos órganos cuentan con distintas potestades normativas que van desde las órdenes jurídicamente vinculantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a las «observaciones» del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La publicidad y la persuasión, más que la coerción, garantizan su observancia. Exceptuada la Convención contra la Tortura⁴, los tratados de derechos humanos no contienen la imposición de sanciones penales a los infractores. «En este punto», afirmó el Profesor Dietrich Schindler en 1979⁵, «la diferencia

¹ Véase T.L.H. McCormack and G.J. Simpson (eds), *The law of war crimes: National and international approaches*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1997, p. 37.

² Arts. 49 y 50 del I Convenio de Ginebra; arts. 50 y 51 del II Convenio de Ginebra; arts. 129 y 130 del III Convenio de Ginebra y arts. 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra.

³ Arts. 55 y 56.

⁴ En el art. 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) se exige a los Estados que procesen a los infractores de conformidad con su legislación penal.

⁵ Dietrich Schindler, «El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos», *RICR*, n.º 31, enero-febrero de 1979, p. 3.

entre el derecho de la guerra y el sistema de derechos humanos es fundamental».

Los tratados de derechos humanos están concebidos, en su mayor parte, para hacer frente a violaciones individuales y no sistemáticas de los derechos que protegen. En tales circunstancias, la rectificación, la modificación de la ley y la reparación a la persona lesionada son remedios apropiados. No obstante, cuando las violaciones son de índole sistemática, es necesaria una respuesta más coercitiva que incluya el castigo y la disuasión. Así lo especifica la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, en su Declaración y Programa de Acción de Viena:

«La Conferencia Mundial de Derechos Humanos expresa su consternación ante las violaciones masivas de los derechos humanos, especialmente el genocidio, la «limpieza étnica» y la violación sistemática de mujeres en situaciones de guerra, lo que da lugar al éxodo en masa de refugiados y personas desplazadas. Condena firmemente esas prácticas odiosas y reitera su llamamiento para que se castigue a los autores de esos crímenes y se ponga fin inmediatamente a esas prácticas»⁶.

En el ámbito del derecho internacional humanitario no se podía imponer sanciones penales en caso de conflicto armado interno. Las «infracciones graves», según la definición de los Convenios de Ginebra y, más tarde, del Protocolo I, sólo tienen lugar durante los conflictos armados internacionales y el derecho de La Haya es prácticamente inaplicable a los conflictos armados no internacionales. Además, ni en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ni en el Protocolo II, que contiene normas humanitarias para los conflictos no internacionales, se prevé la persecución de alguien que viole esas normas.

Inicialmente, los conceptos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad se consideraban aplicables exclusivamente a las guerras internacionales⁷. Es más, aunque en el artículo 6 de la Carta de Nuremberg se incluye claramente la persecución de los principales dirigentes nazis por los crímenes contra la humanidad cometidos *antes* de la guerra, el Tribunal de Nuremberg decidió establecer una relación entre tales crímenes y la guerra para que no se diga que se había aplicado el derecho retroactivamente con objeto de cubrir actos cometidos en tiempo de paz.

⁶ Doc. ONU A/CONF.157/23.

⁷ Véase «Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal», comentado en *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, p. 172.

Así no se consideraban punibles, en virtud del derecho internacional, las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos en tiempo de paz o durante un conflicto armado interno. Se podría incluso añadir que, de haber sido tales crímenes punibles, no se contaba con un tribunal internacional ante el cual juzgarlos.

El desarrollo experimentado por el derecho internacional humanitario y por el derecho penal internacional en los últimos años ha cambiado radicalmente la situación. Actualmente, las atrocidades cometidas durante los conflictos armados internos son punibles merced a un nuevo enfoque de tales actos y a una más amplia definición de los crímenes internacionales.

Conflictos armados internos y crímenes internacionales

En el derecho de Ginebra se distingue claramente, con respecto a las sanciones penales, entre conflicto internacional y conflicto interno. Se cometen «infracciones graves» exclusivamente durante los conflictos internacionales y sólo éstas conllevan procesamiento o extradición. Pero, en el artículo 1(4) del Protocolo I, se amplía el concepto de conflicto armado internacional para cubrir esencialmente los conflictos internos en que movimientos de liberación nacional luchan contra el dominio colonial, la ocupación extranjera o regímenes racistas.

Para algunos, esta disposición, introducida para ampliar la protección del derecho internacional humanitario a los conflictos de Rodesia, Namibia, Sudáfrica e Israel/Palestina, debe su andadura a los espectaculares cambios políticos registrados en esos territorios. No obstante, la redacción del artículo 1(4) no es restrictiva ni impone límites geográficos. Por consiguiente, podría ser perfectamente aplicable, por ejemplo, a los conflictos originados a causa de la ocupación del Tíbet por China, de Timor oriental por Indonesia o a la contienda de los albaneses contra el dominio serbio en Kosovo. El artículo 1(4) puede, por lo tanto, operar un cambio sustancial en la distinción entre conflicto armado internacional e interno con respecto a la imposición de sanciones penales por infracciones graves, a condición de que se prive a los conceptos de dominio colonial, ocupación extranjera y regímenes racistas de sus orígenes históricos.

La extensión más significativa de sanciones penales, a actos por los que se incurre en violación sistemática de los derechos humanos durante un conflicto interno se ha logrado con la ampliación del ámbito de los crímenes internacionales.

El genocidio es un crimen internacional que puede ser cometido «en tiempo de paz o en tiempo de guerra»⁸. El crimen de apartheid puede ser igualmente cometido en tiempo de paz⁹. La Convención contra la Tortura de 1984, por lo que se exige a las Partes que juzguen o extraditen a los torturadores, se aplica en tiempo de paz, de guerra y de «inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública»¹⁰.

Aunque la toma de rehenes y los atentados terroristas con bombas pueden conllevar la violación sistemática de los derechos humanos durante un conflicto interno, en los instrumentos de derecho internacional por los que se sancionan estos actos no se dispone el castigo de los autores en todas las situaciones. La Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979, que obliga a las Partes a juzgar o extraditar a los autores, parece estar exclusivamente concebida para tiempo de paz, ya que en ella se estipula que no se aplicará «siempre que los Convenios de Ginebra de 1949 [...] o los Protocolos adicionales a esos Convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los Estados Partes en la presente Convención estén obligados en virtud de esos convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes [...]»¹¹. Las prohibiciones de toma de rehenes fundamentadas en el artículo 3 común y en el Protocolo II¹², contrariamente a las que pesan sobre los actos enumerados como «infracciones graves»¹³, no están sujetas a la obligación de *aut dedere aut judicare*; esto significa que la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes podría cubrir los conflictos internos. En la Convención se dispone, sin embargo, que no es aplicable cuando la toma de rehenes tiene lugar dentro de un único Estado, siendo el autor y el rehén súbditos del mismo Estado, y cuando se detiene al autor en dicho Estado¹⁴. En este caso, el delincuente está fuera del alcance del derecho internacional, pero será probablemente procesado según la legislación nacional.

⁸ Art. 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).

⁹ Convención Internacional para la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (1973).

¹⁰ Art. 2.

¹¹ Art. 12.

¹² Art. 4(2)(c).

¹³ Art. 147 del IV Convenio de Ginebra.

¹⁴ Art. 13.

La *Convención Internacional para la Supresión de Bombardeos Terroristas* de 1998 sigue un esquema similar: no es aplicable a las fuerzas armadas durante los conflictos armados cuando les sea aplicable el derecho internacional humanitario¹⁵ y cuando el crimen tenga lugar íntegramente en el interior de un único Estado¹⁶. Curiosamente, la Convención tampoco es aplicable con respecto a «las actividades asumidas por las fuerzas armadas del Estado en el ejercicio de sus deberes oficiales»¹⁷; esto significa que estas fuerzas podrían no ser procesadas, según el derecho internacional, en el supuesto de colocación arbitraria de bombas que causen pérdida de vidas, a no ser que estos actos sean calificados como crímenes de guerra. Aunque ambas Convenciones adolecen de imperfecciones, ilustran, la determinación de la comunidad internacional por extender el alcance del derecho penal internacional a actos que sean violaciones graves de los derechos humanos, pero que no puedan ser calificados como «infracciones graves» en virtud de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I.

Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, principales cargos de los que se acusó a los dirigentes nazis y japoneses, se circunscriben históricamente a los conflictos armados internacionales. Pero, en fechas recientes, estos dos crímenes se han visto privados de esa limitación y se ha extendido su ámbito a los conflictos armados internos.

Como ya se ha mencionado, en la Carta de Nuremberg ya se intentó extender el concepto de crimen contra la humanidad a los actos cometidos en tiempo de paz. A pesar de ello, el Tribunal de Nuremberg, para evitar comentarios en el sentido de que había aplicado el derecho retroactivamente, interpretó el concepto de manera restrictiva circunscribiéndose a los crímenes cometidos durante la guerra. Sin embargo, los desarrollos subsiguientes dejaron claro que los crímenes contra la humanidad pueden producirse igualmente en tiempo de paz¹⁸. En el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996 (artículo 18), se define como crímenes contra la humanidad actos tales como el asesinato, la tortura, la esclavitud y la desaparición forzada «cuando se cometen de

¹⁵ Art. 19.

¹⁶ Art. 3.

¹⁷ Art. 19(2).

¹⁸ Cherif Bassiouni, *Crimes against humanity in international criminal law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992.

manera sistemática o en gran escala y por instigación o bajo la dirección de un Gobierno o cualquier otra organización o grupo, sea cual fuere la naturaleza del conflicto»¹⁹. En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, se dispone igualmente, de manera expresa, que el Tribunal es competente para juzgar los crímenes contra la humanidad «cuando se cometen durante un conflicto armado, de carácter internacional o nacional, y se dirigen contra la población civil»²⁰. La sala de apelación del Tribunal, por su parte, declaró en el caso *El fiscal contra Tadic*: «Actualmente, es una norma establecida en derecho internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren una relación con los conflictos armados internacionales. En efecto, [...] el derecho internacional consuetudinario podría no supeditar los crímenes contra la humanidad a conflicto alguno»²¹.

Por su propia naturaleza, los crímenes de guerra son actos cometidos durante conflictos armados internacionales. Aquí también se ha producido, durante los últimos años, una relajación de ese requisito²². En *El fiscal contra Tadic*, el Tribunal aceptó el principio según el cual sólo se cometen «infracciones graves» —equiparables, ahora a los «crímenes de guerra»²³— durante los conflictos armados internacionales²⁴ (aunque el juez Abi-Saab, en opinión separada, señaló que hay «argumentos sólidos» para sostener que dichos crímenes también se pueden cometer durante los conflictos internos)²⁵. Sin embargo, en la misma decisión, la sala de apelación declaró, basándose en la práctica de los Estados, que la disposición del Estatuto del Tribunal que se refiere a las violaciones del derecho o costumbres de la guerra es aplicable a los conflictos armados tanto internos como internacionales²⁶. En el Proyecto de Código de Crímenes

¹⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48ª reunión, Doc. ONU A/CN.4/L. 522, 31 de mayo de 1996.

²⁰ Art. 5.

²¹ Decisión de 2 de octubre de 1995, Causa nº IT-94-1-AR72, p. 72, párr. 141. Véase *International Legal Materials*, vol. 35, 1996, p. 35.

²² Para este tema en general, véase, Thomas Graditzky, «La responsabilidad penal individual por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional», *RICR*, nº 145, marzo de 1998, p. 31.

²³ Véase Protocolo I, art. 85(5).

²⁴ *Supra* (nota 21), p. 48, párr. 84.

²⁵ *Supra* (nota 21), Opinión separada del juez Abi-Saab, p. 5.

²⁶ *Supra* (nota 21), p. 71, párr. 137.

contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 elaborado por la Comisión de Derecho Internacional se acepta también que algunos actos cometidos violando el derecho o costumbres de la guerra —prohibidos en virtud del artículo 3 común y del Protocolo II— y los daños graves causados al medio ambiente, no justificados por imperativos militares, son crímenes de guerra cuando se cometen durante los conflictos internos²⁷.

Sanción de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos

La imprecisión de los límites entre conflicto armado internacional y conflicto interno, así como la ampliación de la definición de crímenes internacionales, han conducido a la incriminación de las violaciones de los derechos humanos, en particular, cuando se cometen sistemáticamente o en gran escala. Se están realizando esfuerzos para que se amplíe aun más el alcance del derecho penal mediante la aprobación de un tratado multilateral —redactado en la misma línea que las convenciones sobre la toma de rehenes y sobre los atentados terroristas con bombas— por el que serán sancionados los crímenes de desarrollo, producción, almacenamiento o empleo de armas biológicas o químicas²⁸.

La cuestión de la jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales es controvertida. Aunque es comúnmente aceptado que tal jurisdicción abarca los crímenes de guerra cometidos durante los conflictos armados internacionales así como los crímenes contra la humanidad, esto no se puede afirmar con rotundidad por lo que respecta a los actos sancionados por tratados en los que sólo se confiere jurisdicción a los Estados Partes. Tampoco se puede mantener que en el derecho internacional contemporáneo se reconoce una jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra perpetrados durante los conflictos armados internos.

El debate sobre la extensión de la jurisdicción universal tiene, no obstante, escasa importancia práctica. Lo importante es saber si se juzgaría

²⁷ *Supra* (nota 19), art. 20(e)-(g).

²⁸ Los días 1 y 2 de mayo de 1998, se celebró una reunión en el Lauterpacht Research Centre for International Law, Cambridge (Reino Unido), para debatir la propuesta de convención para la represión y el castigo del crimen de desarrollo, producción, almacenamiento o empleo de armas biológicas o químicas. La reunión fue organizada en colaboración con el Harvard Sussex Programme on Chemical and Biological Weapons Armament and Arms Limitation y el Common Security Programme on Disarmament and Security. El profesor Matthew Meselson, del Departamento de Biología Molecular y Celular de la Universidad de Harvard, es el impulsor de la propuesta.

a las personas declaradas culpables de violaciones sistemáticas de los derechos humanos durante un conflicto interno y, de ser así, ante qué tribunal.

Hay un creciente movimiento en pro de la creación de un tribunal penal internacional permanente. Aunque probablemente tal tribunal sólo tendrá competencia para juzgar el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, las definiciones modernas de los conceptos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad son suficientemente amplias para cubrir los actos de tortura, toma de rehenes y atentados terroristas con bombas, según su definición en varios tratados. Si tendrá o no el tribunal jurisdicción sobre los crímenes de guerra cometidos durante los conflictos armados internos, el tiempo lo dirá.

Un tribunal penal internacional permanente tendrá sin duda poderes limitados. Además, pasarán varios años antes de que sea objeto de las ratificaciones necesarias para erigirse en un auténtico foro sancionador de los crímenes internacionales. Dadas las circunstancias, persiste la necesidad de que los tribunales nacionales persigan los crímenes internacionales y los Estados adopten la normativa conducente al cumplimiento de sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Son muchos los Estados que han promulgado leyes para cumplir con la obligación impuesta por los Convenios de Ginebra de perseguir las infracciones graves cometidas durante los conflictos armados internacionales, pero sólo algunos han tomado medidas legales con respecto a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos durante los conflictos internos. En 1993, Bélgica promulgó una ley según la cual se califica como crímenes de guerra las violaciones graves del derecho internacional humanitario durante los conflictos armados internos²⁹, y varios países cuentan con normativa sobre los crímenes de guerra según la cual no se establece una clara distinción entre conflicto internacional y conflicto interno³⁰. No obstante, son poco comunes las legislaciones nacionales de este tipo.

Hay escasos precedentes de tribunales nacionales que hayan juzgado crímenes de guerra u otros crímenes internacionales no perpetrados du-

²⁹ Ley de 16 de junio 1993. Véase A. Andries, E. David, C. Van den Wyngaert, J. Verhagen, «Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1994, p. 1133.

³⁰ Véase Thomas Graditzky, *supra* (nota 22), pp. 39-47.

rante conflictos armados³¹. Cuando el autor es un nacional, y particularmente un miembro de la seguridad o de fuerzas armadas del Estado, normalmente razones de índole política se oponen a su procesamiento. Por otra parte, cuando el régimen sucesor propugna la reconciliación (por ejemplo, Sudáfrica) o teme una insurrección militar (es el caso de Chile y de Argentina), a menudo opta por la amnistía, en lugar del procesamiento, a pesar de su dudosa validez en derecho internacional. Aunque según las normativas nacionales se permitiera el procesamiento de no nacionales por crímenes cometidos en el extranjero, normalmente no hay voluntad política para actuar en este sentido y sucede en contadas ocasiones.

El derecho de los derechos humanos ha tomado prestado al derecho internacional humanitario el principio de *aut dedere aut judicare*. Hoy, la violación sistemática de los derechos humanos es, por consiguiente, punible –al menos teóricamente. Se ha recorrido un largo camino desde que, en 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se proclamaran algunas normas de comportamiento de los Estados con respecto a los derechos humanos. Pero este logro no debería ocultarnos que queda mucho por hacer para que el procesamiento y el castigo de los violadores de los derechos humanos sean realidad. El reto del próximo milenio serán la institución de un tribunal penal internacional viable y el establecimiento de procedimientos nacionales eficaces para procesar a quienes cometan violaciones sistemáticas o en gran escala de los derechos humanos, tanto durante los conflictos armados internacionales como durante los conflictos internos.

³¹ Antonio Cassese, «On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law», *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 5 y 6.