

VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO,
LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y LA CONTRIBUCIÓN
DEL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR)
EN LA MATERIA

Por GABRIEL PABLO VALLADARES*

PRESENTACIÓN

En los párrafos siguientes se presenta, de forma sucinta, la obligación de los Estados de legislar para buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario y su deber de hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad, o si lo prefiriese y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado parte en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (en adelante Convenios de Ginebra) y el Protocolo Adicional I a dichos Convenios de 1977 (en adelante Protocolo Adicional I), si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

Una introducción al Derecho Internacional Humanitario ha de ser útil para una mejor comprensión de las bases de la obligación jurídica mencionada pre-

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Desde 1998 es asesor jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Hasta 1997 fue profesor adjunto interino de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Humanitario de la cátedra de la Dra. Hortensia D. T. Gutiérrez Posse de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor adjunto de la cátedra de la Dra. Susana Novile de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores. Entre 2005 y 2007 fue profesor invitado del Posgrado *lato sensu em direito* dos conflictos armados, de la Universidad de Brasilia, Brasil, del módulo de Derecho Internacional Humanitario del postgrado en jurisdicción penal internacional y derechos humanos de la Universidad Nacional de Mar del Plata, y del postgrado sobre ser humano y conflicto armado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Entre 2004 y 2009 fue profesor invitado de Derecho Internacional Humanitario de la Maestría en derechos humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Desde 1993 es miembro del Departamento de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI). Desde 1997 hasta el presente es corresponsal del *Asser Instituut* de Holanda para su *Yearbook of International Humanitarian Law*. Es autor de obras y artículos de Derecho Internacional y ha participado en más de 200 eventos académicos como expositor entre 2001 y 2011 en América, África y Europa. El autor deja constancia que el contenido del presente artículo no representa en todos sus puntos necesariamente la posición oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

cedentemente, haciéndose referencia a los instrumentos internacionales que la contienen y los institutos jurídicos que necesariamente debe conocer un legislador para que la obligación sea cumplida a cabalidad cuando se legisla en la materia. Algunos ejemplos de la práctica en países de América servirán de marco práctico a los conceptos teóricos que se formulan.

Por último, se harán el estado de participación en los tratados de Derecho Internacional Humanitario por parte de la República Argentina y los avances de la legislación nacional en la materia serán una excusa para ofrecer algunos comentarios sobre la labor de apoyo y asesoramiento que desarrolló el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) en estos procesos legislativos.

I. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho Internacional Humanitario es parte del Derecho Internacional Público. Se trata de un cuerpo de normas jurídicas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en los conflictos armados, o que protege a las personas y los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto¹.

Sus orígenes se remontan a las normas dictadas por las antiguas civilizaciones y religiones. La guerra siempre ha estado sujeta a ciertas leyes y costumbres. Este derecho no tiene la pretensión de prohibir la guerra, ni la ambición de definir su legalidad o su legitimidad, sino de aplicarse cuando el recurso a la fuerza se ha infelizmente impuesto y lo que queda es limitar los sufrimientos de las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades². De allí su calificación de *ius in bello* o derecho aplicable en la guerra; se trata de un derecho de orientación típicamente humanitaria, diferente del *ius ad bellum*, o derecho de hacer la guerra.

La codificación de este derecho en el ámbito universal comenzó en el siglo XIX y desde entonces, los Estados han aceptado un conjunto de normas

¹ GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Moderno derecho internacional y seguridad colectiva*, Buenos Aires, Zavallía, 1995, p. 347.

² KALSHOVEN, Frits y ZEGBELD, Liesbeth, *Restricciones en la conducción de la Guerra*, Buenos Aires, CICR, p. 12: «El derecho humanitario se propone mitigar el sufrimiento humano causado por la guerra o, como suele decirse «humanizar» la guerra. Pero podemos preguntarnos si este objetivo declarado no está en total contradicción con la esencia misma de la guerra, e incluso si es siquiera un objetivo deseable. La respuesta a la primera pregunta es que el derecho humanitario de ningún modo pretende hacer la guerra una actividad «de buen tono» y esencialmente humana, más o menos comparable a una justa de la Edad Media. Antes bien, y mucho más modestamente, se propone impedir que las partes en un conflicto armado actúen con una crueldad ciega e implacable, y proporcionar la protección fundamental que los más directamente afectados por el conflicto necesitan, sin que por ello la guerra deje de seguir siendo lo que siempre ha sido: «un fenómeno aterrador».

basadas en la experiencia surgida de los conflictos armados que intenta mantener un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares.

El Derecho Internacional Humanitario convencional sólo es aplicable en caso de conflicto armado y se aplica por igual a todas las partes involucradas sin tener en cuenta quien dio inició a las hostilidades. El Derecho Internacional Humanitario, no cubre las situaciones de tensiones internas ni de disturbios interiores, como son ciertos actos aislados de violencia que pueden acaecer en el territorio de un Estado sin constituir un conflicto armado sin carácter internacional.

La mayoría de las normas fundamentales de este ordenamiento han adquirido el carácter de imperativas (*ius cogens*)³ en razón de su aceptación y reconocimiento por los Estados, porque son reglas fundamentales de carácter humanitario cuya derogación no es posible sin negarse las consideraciones básicas de humanidad que se pretenden proteger.

En los conflictos armados internacionales se enfrentan dos o más Estados. También entran dentro de esta categoría de conflictos armados, los casos de ocupación total o parcial de un territorio, aún sin encontrar resistencia armada y los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Durante esta clase de conflictos deben observarse las normas de los cuatro Convenios de Ginebra el Protocolo Adicional I, el Protocolo Adicional III de 2005 y otros tratados de Derecho Internacional Humanitario sobre restricciones o prohibiciones de armas, protección de bienes culturales, etc., el derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho Internacional Humanitario.

En los conflictos armados sin carácter internacional se enfrentan partes en conflicto en el territorio de un mismo Estado, por ejemplo, las fuerzas armadas regulares y grupos armados disidentes o grupos armados organizados entre sí. En todos los conflictos armados sin carácter internacional, se aplican las disposiciones del art. 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra. Si el Estado, además de ser parte en los Convenios de Ginebra es también Estado parte del Protocolo Adicional II de 1977 y en el conflicto se dan los supuestos

³ Conf. art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969: "Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración, este en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de la presente Convención es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

que describe su art. 1º, entonces, este tratado internacional también deberá ser observado⁴, el Protocolo III Adicional de 2005, el derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho Internacional Humanitario.

En los conflictos armados sin carácter internacional también resultan de aplicación algunos otros tratados de Derecho Internacional Humanitario tales como, por ejemplo, el Protocolo II enmendado el 3 de mayo de 1996 a la Convención Sobre Restricciones y Prohibiciones de Ciertas Armas Convencionales que Causan Daños Excesivos de 1980, y para aquellos Estados que han aceptado la enmienda al art. 1º de la citada Convención, deberán observarlos en la aplicación de todos sus protocolos.

Las normas del Derecho Internacional Humanitario protegen a las personas que no toman parte en las hostilidades, como son los civiles y el personal médico y religioso. Protege asimismo a las personas que ya no participan en los combates, por ejemplo, los combatientes heridos o enfermos, los náufragos y los prisioneros de guerra, entre otros. Las personas que integran estas categorías de “*personas protegidas*” tienen el derecho a que se respete su vida, su integridad física y su dignidad y para que en el caso de ser llevadas ante los tribunales de justicia puedan beneficiarse de las garantías fundamentales del debido proceso. Serán, en todas las circunstancias, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.

En particular, está prohibido matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate. Los heridos y los enfermos deben ser recogidos y asistidos por la parte beligerante en cuyo poder estén. Se deben respetar al personal y el material médico, los hospitales y las ambulancias.

Normas específicas regulan, asimismo, las condiciones de detención de los prisioneros de guerra y el trato debido a los civiles que se hallan bajo la autoridad de la parte adversa, lo que incluye, en particular, su mantenimiento, atención médica y el derecho a mantener correspondencia con sus familiares.

El Derecho Internacional Humanitario prevé, asimismo, algunos signos distintivos que se pueden emplear para identificar a las personas, los bienes y los lugares protegidos. Se trata principalmente de los emblemas de la cruz roja, la media luna roja y el emblema adoptado por el Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra de 1949, vulgarmente conocido como “cristal rojo”, así como los signos distintivos específicos de los bienes culturales, de la protección civil y de las instalaciones u obras que contienen fuerzas peligrosas.

El Derecho Internacional Humanitario prohíbe, entre otras cosas, las armas y las tácticas militares que no distinguen entre las personas que participan en los combates y las personas que no toman parte en los combates, a fin de respetar la vida de la población civil, de las personas civiles y los bienes civiles;

⁴ Ver art. 1º, Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, adoptado el 8 de junio de 1977.

las que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios; las que causan daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente.

Este derecho ha prohibido, pues, el uso de muchas armas, incluidas las balas explosivas, las armas químicas y biológicas, las armas láser que causan específicamente ceguera, las minas antipersonal y las municiones de racimo, entre otras.

Hay varios medios para garantizar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Existen medios que podemos denominar de preventivos, cuyo objeto es hacer cumplir a los Estados la obligación contraída al ratificar o adherir a los tratados de Derecho Internacional Humanitario para respetar y hacer respetar esta rama del Derecho Internacional Público. Ejemplos de estos medios preventivos son la difusión y la integración del Derecho Internacional Humanitario en los planes de estudios, el entrenamiento, la logística, la doctrina militar y la sanción; la formación de personal calificado con miras a facilitar su aplicación y el nombramiento de asesores jurídicos en las fuerzas armadas; la adopción en tiempo de paz de medidas legislativas y reglamentarias que permitan garantizar el respeto de sus normas y la traducción de los textos convencionales a las lenguas vernáculas para su mejor comprensión⁵.

Entre los ámbitos donde se requiere la adopción de medidas de aplicación, se cuentan, entre otras, la protección de los emblemas de la cruz roja, de la media luna roja y el “cristal rojo”, la protección de ciertos bienes sustanciales para la supervivencia de la población civil, la protección de los bienes culturales, la protección de obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, la prohibición o restricción del empleo, uso o transferencia o fabricación de ciertas armas, como así también su destrucción, la protección de los civiles y zonas neutralizadas, sanitarias u otras.

Algunas medidas requieren la aprobación de leyes o reglamentos. Otras, el desarrollo de programas educativos, la selección y/o capacitación de personal, la producción de tarjetas de identidad y de otros documentos, la instalación de estructuras especiales y la introducción de procedimientos administrativos y de planificación.

Por otra parte, existen medios de control que están previstos para toda la duración de los conflictos con el objeto de velar por la observancia del Derecho Internacional Humanitario. Por ejemplo, la designación de potencias protectoras o la presencia de una organización independiente e imparcial, tal como el CICR que pueda cumplir con el cometido de aquellas. También podemos incluir en este rubro a la Comisión Internacional de Encuesta o ciertas medidas que puede tomar el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) si determina que las violaciones del Derecho Internacional Hu-

⁵ Vgr. la Comisión de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario de la República de Paraguay ha redactado e impreso una cartilla para el soldado paraguayo que contiene en una carilla las normas básicas del Derecho Internacional Humanitario escritas en español y en la otra hoja escritas en guaraní.

manitario configuran una amenaza a la paz o la seguridad internacionales en el marco de su Carta fundadora en una situación determinada que le hubiera sido sometida.

Por último, los Estados han consensuado también varios medios para perseguir judicialmente las violaciones a este derecho. Es fundamental que los Estados persigan y lleven ante los tribunales de justicia a todos los sospechosos de haber cometido o dado orden de cometer una infracción grave del Derecho Internacional Humanitario.

El Derecho Internacional Humanitario tiene algunas convergencias con otras ramas del Derecho Internacional Público, tales como el derecho del desarme, el derecho de refugiados y el Derecho Internacional de los derechos humanos. Se mencionan, a continuación, algunas convergencias y diferencias que existen entre el Derecho Internacional Humanitario en relación a esta última rama del Derecho Internacional Público.

El Derecho Internacional de los derechos humanos es un conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, que disponen acerca del comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar o exigir de los Estados.

Aunque algunas de las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son similares, estas dos secciones del Derecho Internacional Público se han desarrollado por separado y figuran en tratados diferentes.

La finalidad, tanto del Derecho Internacional Humanitario como del Derecho Internacional de los derechos humanos, es proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas, pero desde puntos de vista propios y diferentes.

No ha de sorprender que, a pesar de una formulación muy diferente, la esencia de algunas normas sea similar, o incluso idéntica. Por ejemplo, los dos derechos protegen la vida humana y prohíben la tortura u otros tratos crueles o inhumanos y también la discriminación. Sin embargo, el Derecho Internacional Humanitario contiene disposiciones sobre muchas cuestiones que están por fuera del ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, como por ejemplo, la conducción de las hostilidades, los estatutos del combatiente y del prisionero de guerra, la protección del emblema de la cruz roja, de la media luna roja, del sol y león rojos y ahora también del vulgaramente conocido como “cristal rojo”.

Del mismo modo, el Derecho Internacional de los derechos humanos dispone acerca de aspectos de la vida en tiempo de paz que no están reglamentados por el Derecho Internacional Humanitario, como la libertad de prensa, el derecho a reunirse, a votar y a declararse en huelga, entre otros.

A pesar de que el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos han tenido un desarrollo independiente desde

el punto de vista histórico, en tratados recientes se han incluido disposiciones de ambos derechos⁶.

Como hemos mencionado anteriormente, el Derecho Internacional Humanitario es aplicable en tiempo de conflicto armado, internacional o sin éste carácter. Dado que el Derecho Internacional Humanitario dispone normas para ser aplicadas en una situación excepcional no están permitidas las excepciones a la aplicación de sus disposiciones, es decir, que son normas irrenunciables y que no pueden ser desconocidas por las partes involucradas en el conflicto bajo ninguna circunstancia.

Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas por su condición de ser humano y deben ser respetados en todo tiempo y en todo lugar. Sin embargo, los Estados pueden derogar algunas normas en situaciones de emergencia pública que pongan en peligro la vida de la Nación, a condición de que las derogaciones sean proporcionales a la crisis y su aplicación no sea indiscriminada o infrinja alguna otra norma del derecho internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, el núcleo rígido de los derechos humanos es inderogable, como por ejemplo, el derecho a la vida y las normas que prohíben la tortura o los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, la esclavitud y la servidumbre.

II. LA REPÚBLICA ARGENTINA, SU PARTICIPACIÓN EN LOS TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LAS MEDIDAS NACIONALES PARA SU APLICACIÓN

La República Argentina es Estado parte de la mayoría de los tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario y de otros que, no obstante no ser estrictamente de la materia, contienen algunas disposiciones de aquella y se encuentran actualmente en vigor.

A continuación se listan los tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario o con contenidos de este, que están en vigor en la República Argentina (desde la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra).

— I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña⁷.

— II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar⁸.

⁶ Vgr. Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados de 2000 y Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 sobre la Corte Penal Internacional.

⁷ Ratificado por la República Argentina el 18 de septiembre de 1956.

⁸ Ratificado por la República Argentina el 18 de septiembre de 1956.

— III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los Prisioneros de Guerra⁹.

— IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra¹⁰.

— Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) del 8 de junio de 1977¹¹.

— Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) del 8 de junio de 1977¹².

— Protocolo Adicional III sobre un signo distintivo a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, adoptado el 8 de diciembre de 2005¹³.

— Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado¹⁴.

— Protocolo de 1999 a la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado¹⁵.

— Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción¹⁶.

— Convención de 1980 sobre prohibiciones y restricciones de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (CCAC 1980) y los protocolos I (fragmentos no localizables), II (minas y armas trampa), III (armas incendiarias)¹⁷.

— Protocolo II (minas y armas trampas) enmendado en 1996 a la CCAC 1980¹⁸.

— Protocolo III (armas incendiarias) a la CCAC 1980¹⁹.

⁹ Ratificado por la República Argentina el 18 de septiembre de 1956.

¹⁰ Ratificado por la República Argentina el 18 de septiembre de 1956.

¹¹ Ratificado por la República Argentina el 26 de noviembre de 1986. También la República Argentina aceptó la Comisión Internacional de Encuesta (art. 90, Protocolo adicional A I el 11 de octubre de 1996).

¹² Ratificado por la República Argentina el 26 de noviembre de 1986.

¹³ Ratificado por la República Argentina el 16 de marzo de 2011.

¹⁴ Ratificado por la República Argentina el 22 de marzo de 1989.

¹⁵ Ratificado por la República Argentina el 7 de enero de 2002.

¹⁶ Ratificado por la República Argentina el 27 de noviembre de 1979. La República Argentina también es Estado parte del antecedente directo de esta Convención, es decir el Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925.

¹⁷ Ratificado por la República Argentina el 2 de octubre de 1995.

¹⁸ Ratificado por la República Argentina el 21 de octubre de 1998.

¹⁹ Ratificado por la República Argentina el 2 de octubre de 1995.

— Protocolo IV (armas láser que causan ceguera) de 1995 a la CCAC 1980²⁰.

— Enmienda al art. 1º de la CCAC 1980 que extiende el ámbito de aplicación al conflicto armado sin carácter internacional²¹.

— Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles del 10 de diciembre de 1976²².

— Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción²³.

— Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción²⁴.

— Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, del 25 de mayo de 2000²⁵.

— Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 26 de noviembre de 1968²⁶.

— Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional de carácter permanente²⁷.

— Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

La mayoría de los tratados mencionados precedentemente contienen obligaciones para el Estado parte, en este caso la República Argentina, en el sentido de que deben adoptarse medidas nacionales administrativas y legislativas para la debida aplicación del Derecho Internacional Humanitario en caso de conflicto armado. Esas medidas deben ser tomadas necesariamente en tiempo de paz.

En cumplimiento de la obligación convencional de difundir ampliamente el Derecho Internacional Humanitario, la República Argentina ha integrado sus normas y principios en la doctrina, la enseñanza y el entrenamiento a las Fuerzas Armadas y también en varias asignaturas de las carreras de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de las universidades más prestigiosas del país. Varios cursos de Maestría y postgrados en algunas casas de altos estudios se ocupan de este tema²⁸.

²⁰ Ratificado por la República Argentina el 21 de octubre de 1998.

²¹ Aceptación por la República Argentina el 25 de febrero de 2004.

²² Ratificado por la República Argentina el 20 de marzo de 1987.

²³ Ratificado por la República Argentina el 2 de octubre de 1995.

²⁴ Ratificado por la República Argentina el 14 de septiembre de 1999.

²⁵ Ratificado por la República Argentina el 10 de septiembre de 2002.

²⁶ Ratificado por la República Argentina el 26 de agosto de 2003.

²⁷ Ratificado por la República Argentina el 8 de febrero de 2001.

²⁸ Vgr. la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional de La Plata, la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad Nacional de Mendoza, la Universidad Nacional

La República Argentina creó por Decreto Presidencial 933 del 16 de junio de 1994 una Comisión Nacional de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CADIH). Esta Comisión está compuesta por representantes del Ministerio de Defensa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y el Ministerio del Interior y su función principal es asesorar a las diferentes instancias del Estado promoviendo proyectos de ley para la adopción de medidas nacionales de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, entre las que podemos mencionar un proyecto de ley sobre el uso y respeto del emblema de cruz roja y media luna roja; un proyecto de ley sobre la implementación del Tratado de Ottawa (minas antipersonal); el Decreto 1430/2004, que asignó a la Dirección de Consejería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina las funciones de la Oficina Nacional de Información en caso de producirse un conflicto armado, de acuerdo con lo previsto en el art. 122 del Convenio relativo a trato debido a los prisioneros de guerra, suscripto en Ginebra, Confederación Suiza, el 12 de agosto de 1949; la aceptación por parte de Argentina de la enmienda del art. 1º de la Convención sobre restricciones y prohibiciones sobre ciertas armas convencionales que causan daños excesivos o innecesarios de 1980 que amplía el ámbito material de aplicación del citado tratado internacional a los conflictos armados sin carácter internacional; medidas tales como la señalización de bienes culturales bajo la protección de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de estos bienes en caso de conflicto armado, identificando a 9 Museos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y continuando con dicha labor en las provincias argentinas; asesoramiento para la ley 26.247 promulgada el 25 de abril de 2007 que implementa la Convención de 1993 sobre Armas Químicas.

III. LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE PERSEGUIR JUDICIALMENTE LAS INFRACCIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

a) Los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I (conflictos armados internacionales)

Cuando se debe trabajar en un proyecto de ley sobre tipificación de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario en la legislación penal de un Estado, en primer término, se debe conocer cuáles son los instrumentos internacionales que deben tenerse en cuenta al respecto. Para ello se deberá verificar en cuáles tratados de Derecho Internacional Humanitario, o con contenidos de este derecho, el Estado es parte.

del Sur y la Pontificia Universidad Católica Argentina completan el cuadro de la enseñanza del Derecho Internacional Humanitario integrándolo en cursos de posgrado y maestrías.

En un segundo paso, es necesario conocer cuáles de esos tratados contienen exigencias para que se adopte legislación penal que permita luego juzgar sus violaciones. Comprobado ello, es claro para quien redacta el proyecto de ley, cuál es el compromiso jurídico inexcusable en materia de adopción de legislación penal a nivel nacional para perseguir a los presuntos responsables de cometer u haber dado órdenes de cometer infracciones graves contra el Derecho Internacional Humanitario²⁹.

Es obvio que si la materia a tratar es el Derecho Internacional Humanitario, los principales tratados que deben ser tomados en cuenta por quienes trabajen un proyecto de ley son los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I y II.

Nos ocupamos primero de los tratados aplicables en caso de conflicto armado internacional. Desde el momento de la recepción en el derecho nacional de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I pesa sobre el Estado parte la obligación incondicional, convencionalmente asumida en el art. 1º de respetar y hacer respetar dichos convenios y protocolos en todas las circunstancias, confirmando y reforzando, respecto a ellos, la virtualidad del principio general del Derecho de los Tratados *pacta sunt servanda* contenido en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Dicha obligación convencional de naturaleza incondicional comporta, entre otros extremos, que sobre cada Estado parte recaiga el deber de hacer cuanto sea posible para que aquellas disposiciones convencionales sean rigurosamente observadas por sus órganos jurisdiccionales y administrativos y por cuantas personas se encuentren bajo su jurisdicción.

La propia redacción de los preceptos convencionales viene a reconocer la naturaleza no auto ejecutiva de la obligación convencional de que se trata, por cuando exige a los Estados que lleven a cabo el desarrollo legal preciso a partir de su recepción en el respectivo ordenamiento jurídico interno para que la misma devenga operativa. En síntesis, el Derecho Internacional Humanitario no establece de qué manera el Estado debe legislar pero si establece que tiene la obligación de hacerlo.

Cuando un Estado expresa su consentimiento en obligarse por aquellos tratados internacionales, pesará sobre este la obligación imperativa contenida en los respectivos párrafos primeros de los arts. 49 (I), 50 (II) 129 (III) 146 (IV) “*tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas*

²⁹ Por ej. la República Oriental del Uruguay ha ido en una oportunidad más allá en estos procesos, pues tipificó conductas violatorias del Derecho Internacional Humanitario contenidas en el Protocolo V sobre Residuos Explosivos de Guerra de la Convención sobre la Prohibición y Restricción de Ciertas Armas Convencionales que Causan Daños Excesivos o Innecesarios de 1980, y para entonces no era Estado parte. Ver Ley 18.026 de la República Oriental del Uruguay sobre implementación del Estatuto de Roma de 1998.

sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves”.

Las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario son enunciadas en el 50 (I), 51 (II) 130 (III) y 147 (IV) imponiendo, por su parte, el Protocolo Adicional I en su art. 86.1, como deber de los Estados Partes en este y en los Convenios, el de reprimir las infracciones graves de unos y de otros, que son anunciadas en los arts. 11.4 y 85.2, 3 y 4 respecto de las que, en su art. 85.5 se proclama que se considerarán “crímenes de guerra”.

Se trata de las siguientes conductas, a saber: homicidio intencional; tortura o tratos inhumanos; experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos; atentados graves contra la integridad física o la salud; destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente³⁰; el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a una persona protegida por el Cuarto Convenio de Ginebra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga; el hecho de privar intencionalmente a un prisionero de guerra o a una persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios³¹; la deportación o el traslado ilegal; la detención ilegal de una persona protegida; la toma de rehenes³²; poner gravemente en peligro, mediante una acción u omisión deliberada, la salud o la integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que estén internadas, detenidas o privadas de cualquier otra forma de libertad a causa de un conflicto armado, en particular las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes que no estén indicados por su estado de salud o que no estén de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los ciudadanos no privados de libertad de la parte que realiza el acto.

Los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente y si causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física o a la salud: hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos; lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas 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; hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; hacer uso péfido del signo distintivo de la cruz roja y de la media luna roja o de otros signos protectores.

³⁰ Arts. 50, 51, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente.

³¹ Arts. 50, 51, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente.

³² Art. 147 del Cuarto Convenio de Ginebra.

Los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios de Ginebra o del Protocolo Adicional I: 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; la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles; las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal; 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 les haya conferido protección especial, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o utilizados por la parte adversa en apoyo de su esfuerzo militar; el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios y el Protocolo I de su derecho a ser juzgada regular e imparcialmente.³³

b) Violaciones del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II (conflictos armados sin carácter internacional)

La obligación de castigar las violaciones del art. 3º común a los cuatro convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II no está prevista explícitamente en los tratados. Pero aún, es claro que cuando los Convenios de Ginebra de 1949 disponen en sus arts. 49 (I), 50 (II), 129 (III) y 146(IV) que 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*”, exigen una sanción, la cual no puede ser otra que una de tipo penal que abarca, inclusive, el caso de violaciones graves del art. 3º común³⁴. A ello hay que sumar que existe un derecho reconocido de carácter consuetudinario por el cual los Estados pueden perse-

³³ Arts. 11 y 85 del Protocolo I Adicional.

³⁴ Por ej., el Tribunal para la Antigua Yugoslavia notó al respecto que “[t]he Appeals Chamber is in no doubt that the acts enumerated in common article 3 were intended to be criminalised in 1949, as they were clearly intended to be illegal within the international legal order. The language of common article 3 clearly prohibits fundamental offences such as murder and torture” (ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, IT-96-21-A, párr. 163). Esa interpretación está sostenida por los comentarios a los Convenios de Ginebra de 1949 que explican en relación con las «medidas para que cesen» que «there is no doubt that what is primarily meant is the repression of breaches other than the grave breaches listed and only in the second place administrative measures to ensure respect for the provisions of the Convention» (Commentary ad article 146 CG IV). El Tribunal agrega que “[t]he absence of such legislation providing for the repression of such violations would, arguably, be inconsistent with the general obligation contained in common article 1º of the Conventions» (ibid, párr. 167).

guir penalmente a los autores de dichas violaciones invocando el principio de jurisdicción universal³⁵.

Las mencionadas violaciones se incluyen en la definición de crímenes de guerra contenida en el art. 8º del Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional y se observa una tendencia creciente a incorporar sanciones al respecto en las legislaciones nacionales.

c) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de 1998 establece una Corte Penal Internacional que tiene competencia respecto de los crímenes de guerra, entre otros³⁶.

Es importante recordar que dicha Corte no se sustituye a las jurisdicciones nacionales. Son, ante todo, los Estados a quienes incumbe la obligación y la responsabilidad de enjuiciar a los presuntos criminales de guerra. Solo cuando un Estado parte en el Estatuto de Roma no pueda o no quiera llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento, la Corte tendrá competencia. Así, la Corte sería competente para conocer de un asunto siempre y cuando un Estado no reivindique su propia jurisdicción³⁷.

Cabe notar que el Estatuto de Roma no obliga, explícitamente, a los Estados Partes de castigar los crímenes de la competencia de la Corte. Pero sí lo supone, puesto que el mecanismo de complementariedad que prevé depende de la posibilidad de los Estados de reprimir dichos crímenes en el ámbito nacional³⁸.

Ello conlleva consecuencias legislativas respecto a la tipificación de los crímenes e inclusive por lo que atañe a las reglas generales que rigen la impropiedad del cargo oficial, la responsabilidad de los superiores, la imprescriptibilidad o las circunstancias eximentes de responsabilidad penal³⁹.

La adecuación del Derecho Penal al Estatuto de Roma no debe menoscabar las obligaciones que dimanar de los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I. Se trata, por el contrario, de armonizar el régimen establecido en estos dos últimos con aquel estipulado por el Estatuto. Significa cerciorarse

³⁵ Véase, por ej., ICTY, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párr. 134: «*All of these factors confirm that customary international law imposes criminal liability for serious violations of common article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife*». También: HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD BECK, Luis, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge University Press, 2005, ps. 551 ss.

³⁶ Véase el art. 5º del Estatuto de Roma de 1998. Además de los crímenes de guerra, la Corte Penal Internacional tiene competencia respecto al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión.

³⁷ Véase el preámbulo y los arts. 1º, 17, 18 y 19 del Estatuto de Roma.

³⁸ El Preámbulo del Estatuto de Roma recuerda en su inc. 6º «que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales».

³⁹ Véase, en particular, los arts. 6º, 7º, 8º, 27, 28, 29, 31, 32 y 33 del Estatuto de Roma.

que la legislación penal permite, como mínimo indispensable y obligatorio, castigar los crímenes de guerra definidos por los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I de acuerdo al sistema impuesto por dichos tratados. Las reglas del Estatuto pueden fortalecer, pero no deben debilitar, la arquitectura así erigida, en cuanto a la definición de los crímenes de guerra, así como por lo que atañe a las reglas sobre la responsabilidad penal y el ejercicio de la acción penal.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional codifica también una serie de crímenes de guerra que no siempre corresponden a una infracción grave en el sentido de los Convenios de Ginebra o del Protocolo Adicional I.

En efecto, el art. 8° del Estatuto de Roma define cincuenta crímenes de guerra repartidos en cuatro categorías, o sea e: 1) infracciones graves de los Convenios de Ginebra; 2) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales; 3) violaciones graves del art. 3° común de los Convenios de Ginebra y 4) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos.

Al comparar los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I con el Estatuto de Roma, resulta que este identifica una serie de crímenes de guerra que no figuran en la lista de las infracciones graves de los tratados mencionados.

Concierne una parte de las violaciones graves contra las leyes y usos de los conflictos armados internacionales, así como todas las violaciones graves contra las leyes y usos de los conflictos armados internos, en el sentido del art. 8° del Estatuto de Roma⁴⁰.

Por otro lado, conviene destacar que el Protocolo Adicional I enumera algunos crímenes que no aparecen en el Estatuto de Roma. Se trata, en particular, de los ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, de los ataques contra localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, y de la demora injustificable en la repatriación de los prisioneros de guerra o de personas civiles, definidos por los arts. 85(3) (c), 85(3) (d) y 85(4) (b) del Protocolo Adicional I, respectivamente.

d) Otros tratados de Derecho Internacional Humanitario que exigen tipificar penalmente en la legislación nacional las conductas que son violatorias

La República Argentina ha ratificado casi la totalidad de los tratados de Derecho Internacional Humanitario y muchos de ellos, contienen normas que deben ser perseguidas penalmente por el Estado.

Los tratados de mención son:

⁴⁰ Ejemplos de ello son los crímenes definidos por los arts. 8(2)(b)(iii), 8(2)(b)(xii), 8(2)(b)(xiv), 8(2)(b)(xvi), 8(2)(b)(xvii), 8(2)(b)(xviii), 8(2)(b)(xix), 8(2)(b)(xx), 8(2)(b)(xxiii), 8(2)(b)(xxiv), 8(2)(b)(xxv), 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto de Roma, por lo que a los conflictos armados internacionales se refiere, así como los crímenes contra el derecho aplicable en los conflictos armados internos, definidos por los arts. 8(2)(c) y 8(2)(e) del Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998.

i) Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954)

En la Convención se obliga a los Estados Partes a adoptar en el marco de su sistema de Derecho Penal, todas las medidas necesarias para perseguir e imponer sanciones penales o disciplinarias a aquellas personas que, con independencia de su nacionalidad, hayan cometido u ordenado cometer actos tipificados como infracción a dicha Convención.

ii) Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1999)

Los Estados Partes en la Convención de 1954 y en el Segundo Protocolo tienen la obligación, en caso de conflicto armado internacional o no internacional, de establecer sanciones penales para, en particular, castigar a aquellas personas que:

- hagan objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada;
- utilicen los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares;
- causen destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954) y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1999) o apropiárselos a gran escala;
- hagan objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954) y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1999); y
- roben, saqueen o hagan un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954), y perpetrar actos de vandalismo contra ellos.

iii) Convención sobre la Prohibición de Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción (1972)

Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para prohibir y prevenir, sobre su territorio o en cualquier otro lugar bajo su jurisdicción o control, el desarrollo, la fabricación, el almacenamiento, la adquisición o la conservación de agentes, toxinas y armas biológicas, así como de

equipos y vectores destinados a su empleo (art. 4º). Esta prohibición se observa en cualquier circunstancia (art. 1º)⁴¹.

iv) Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (1976)

Los Estados Partes tienen la obligación de tomar las medidas que consideren necesarias para prohibir y prevenir toda actividad contraria a las disposiciones de la Convención en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control (art. 4º); a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para causar destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado parte (art. 1º).

v) Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996) y otros protocolos de la CCAC 1980

Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, en particular las de carácter legislativo, para prevenir y reprimir las violaciones de las disposiciones del Protocolo cometidas por personas o en territorios sujetos a su jurisdicción o control (art. 14, párr. 1º).

Los Estados Partes tienen, además, que imponer sanciones penales a las personas que, de forma deliberada, causen la muerte o heridas a civiles en el marco de un conflicto armado, en contravención de las disposiciones del Protocolo (art. 14, párr. 2º). Esta obligación es aplicable en los supuestos de personas o territorios colocados bajo la jurisdicción o el control del Estado en cuestión, se cometa el acto constitutivo de violación durante un conflicto armado internacional o no internacional (art. 1º, párr. 2º).

vi) Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993)

Los Estados Partes deben adoptar medidas pertinentes para cumplir las obligaciones derivadas de la Convención; en particular, promulgar legislación penal por la que se sancione las violaciones de la Convención, hayan sido cometidas éstas por personas físicas o jurídicas que se encontraran en su territorio o en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control o por nacionales, con independencia del lugar de los hechos (art. 7º, párr. 1º).

⁴¹ Ver también la Res. 1540 del Consejo de Seguridad de la ONU del 5 de noviembre de 2004.

Los Estados deben igualmente cooperar con los demás Estados Partes: brindarse ayuda judicial mutua para facilitar, en particular, el cumplimiento de las obligaciones en materia de represión (art. 7º, párr. 2º). La prohibición, contenida en esta Convención, de desarrollar, fabricar, adquirir por otro medio, almacenar, transferir y emplear armas químicas, y de iniciar preparativos militares para el empleo de dichas armas, se mantiene en cualquier circunstancia (art. I).

vii) Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997)

Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, reglamentarias y de otra índole que procedan, incluso la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida por la Convención, llevada a cabo por personas o en territorio bajo su jurisdicción o control (art. 9º). La prohibición de emplear, desarrollar, producir, adquirir de un modo u otro, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal se observa en cualquier circunstancia (art. 1º)⁴².

viii) Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, del 25 de mayo de 2000

El tratado de mención obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas posibles para que ningún miembro de las fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en las hostilidades (art. 1º) y también prohíbe que se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas personas de la edad citada (art. 2º). También se prohíbe a los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado que en ninguna circunstancia reclute o utilice en hostilidades menores de 18 años (art. 4º). Entre las medidas jurídicas que el Estado debe tomar se encuentran aquellas que persigan penalmente a los infractores de este Protocolo Facultativo.

ix) Convención sobre las Municiones de Racimo, Dublin, mayo de 2008

La Convención establece una prohibición general de las municiones en racimo; prohíbe su empleo, producción, almacenamiento y transferencia. Además, prohíbe a los Estados Partes asistir, alentar o inducir a terceros a realizar cualquiera de las actividades prohibidas por las disposiciones del tratado. Por otro lado, los Estados que poseen o que están afectados por las municiones

⁴² Ver también la Res. 1540 del Consejo de Seguridad de la ONU del 5 de noviembre de 2004.

en racimo tienen la obligación específica de destruir las reservas, eliminar los restos de municiones en racimo y prestar asistencia a las víctimas.

Cada Estado parte tiene la obligación de adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que procedan para aplicar la Convención, incluida la imposición de sanciones penales para prevenir y reprimir las violaciones que hayan sido cometidas por personas o en el territorio bajo la jurisdicción o control de ese Estado

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES

El Derecho Internacional Humanitario establece una responsabilidad penal de las personas que ejercen una autoridad superior sobre subordinados que hubieren cometido crímenes de guerra.

La cuestión de la Responsabilidad del Superior es un tema inexcusable para quienes han de legislar en esta materia.

Los superiores pueden ser responsables por haber ordenado los crímenes, pero también por haber omitido tomar las medidas para prevenir que los crímenes se cometan. Se trata de una responsabilidad por falta de control y supervisión bien arraigada en el Derecho Internacional⁴³.

Así, el sistema para perseguir penalmente las infracciones graves, establecido por los Convenios de Ginebra, incluye a las “*personas que hayan cometido, u ordenado cometer*”, cualquiera de esas infracciones. Normalmente, no se presentan mayores problemas para establecer la responsabilidad penal de un superior que ordenó la comisión de un crimen de guerra cometido por un subordinado, puesto que los ordenamientos jurídicos nacionales prevén regularmente diferentes formas de participación o coautoría.

Otro caso se presenta cuando el superior no contribuyó activamente a la comisión del crimen. Al respecto, el Protocolo Adicional I estipula en su art. 86, párrafo 2º, una responsabilidad del superior por omisión: “*El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos 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 factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción*”.

El art. 86.2 del Protocolo Adicional I contiene varios elementos que el derecho penal nacional tiene que considerar. La jurisprudencia del Tribunal

⁴³ Ver ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, IT-96-21-T, párr. 343: “*On the basis of the foregoing, the Trial Chamber concludes that the principle of individual criminal responsibility of superiors for failure to prevent or repress the crimes committed by subordinates forms part of customary international law*”. Confirmado por la Cámara de Apelaciones en IT-96-21-A, párr. 182 y ss. Véase también el caso “Yamashita”, 4 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1946).

Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha aclarado dichos elementos a la luz del art. 7.3 de su Estatuto que establece la responsabilidad del superior en términos diferentes, pero aplicando los mismos conceptos que el Protocolo Adicional I⁴⁴. Dichos elementos se refieren a la relación entre los responsables, la *mens rea* del superior y la falta de actuar⁴⁵.

Así pues, para poder establecer la responsabilidad penal del superior en el sentido del art. 86.2, el Derecho Penal tiene que contemplar, en primer lugar, una relación de superior a subordinado entre los responsables del crimen. Al respecto, el Comentario del Protocolo Adicional I enfatiza que: *“No se trata de una noción puramente teórica que cubra a cualquier superior en la cadena de mando; se alude solamente a un superior que tenga una responsabilidad personal con respecto al autor de las actuaciones en cuestión, porque este último, al ser su subordinado, está bajo su control. La relación directa que debe existir entre el superior y el subordinado se desprende claramente del “deber de actuar” estipulado en el párr. 1º. Además, sólo ese superior está normalmente en situación de disponer de la información que le permita concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado ha cometido o va a cometer una infracción. Sin embargo, no hay que concluir de esto que la presente disposición sólo se refiere al jefe a cuyas órdenes directas está el subordinado. [...] La noción de superior es más amplia y ha de tomarse en una perspectiva jerárquica que engloba la noción de control”*⁴⁶.

El Tribunal para la antigua Yugoslavia sostuvo que el concepto del control efectivo sobre un subordinado significa tener la capacidad material para prevenir o castigar los delitos, sin importar de qué manera se ejerce el control. En este sentido, el concepto de control define el umbral a partir del cual existe la relación entre el superior y el subordinado⁴⁷.

⁴⁴ El art. 7(3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia dispone: “El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los arts. 2º a 5º del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores”.

⁴⁵ Comentario del Protocolo I, párr. 3543: “Según los términos de la presente disposición, han de cumplirse tres condiciones para que los superiores sean responsables por omisión de un delito cometido o a punto de ser cometido por un subordinado:

a) se trata de los superiores de ese subordinado (...);
 b) sabían o poseían información que les permitía concluir que se había cometido o que se iba a cometer una infracción;
 c) no tomaron las medidas a su alcance para impedirlo”.

⁴⁶ Comentario del Protocolo I, párr. 3545.

⁴⁷ Ver ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, IT-96-21-A, párr. 256: *“The Appeals Chamber agrees that this supports the Trial Chamber’s interpretation of the law on this point. The concept of effective control over a subordinate - in the sense of a material ability to prevent or punish criminal conduct, however that control is exercised - is the threshold to be reached in establishing a superior-subordinate relationship for the purpose of article 7(3) of the Statute”*.

Cabe puntualizar que dicha relación puede existir tanto entre superiores y subordinados militares como entre civiles. Lo que es últimamente decisivo es el poder que permite al superior de efectivamente prevenir o reprimir el crimen.

El superior puede tener este poder o control *de iure* o *de facto*. Una posición jerárquica no entraña automáticamente una responsabilidad por los actos cometidos por los subordinados, si no está acompañada por un control efectivo. En el mismo sentido, la ausencia de un vínculo formal entre el superior y el subordinado no impide que exista, de hecho, una relación de subordinación en la cual el superior controla la conducta del subordinado⁴⁸.

En segundo lugar, es necesario que el derecho penal nacional tome en cuenta tanto el caso en el cual el superior sabía que el crimen iba a ser cometido o fue cometido, como el caso en el cual el superior no conocía estos hechos, pero tenía razones para conocerlos.

Cuando el superior sabía que se iba a cometer, o se había cometido, un crimen, poseía la *mens rea* necesaria para incurrir en responsabilidad penal por dicho crimen en la comisión del cual no había participado directamente. En esta hipótesis el superior está enterado, por ejemplo, de actos preparatorios o de violaciones anteriores⁴⁹.

Si no sabía, pero tenía la información que le permitía concluir que se habían cometido o que se iban a cometer crímenes, constituye también conocimiento⁵⁰. Permite entonces atribuir al superior la *mens rea* para la comisión del crimen por el subordinado. La información puede consistir en informes que le fueron remitidos, pero también en la presencia de elementos como la carencia de formación de los subordinados, los medios de ataque a disposición o la cantidad de munición utilizada. Son elementos que, en las circunstancias del caso concreto, deberían incitar al superior de investigar el asunto más en detalle o de tomar las medidas necesarias para impedir o castigar los crímenes⁵¹.

⁴⁸ Ver ICTY, “Prosecutor v. Zlatko Aleksovski”, IT-95-14/1-T, párr. 103: “*For the reasons set forth above, the Trial Chamber considers that anyone, including a civilian, may be held responsible pursuant to article 7(3) of the Statute if it is proved that the individual had effective authority over the perpetrators of the crimes. This authority can be inferred from the accused’s ability to give them orders and to punish them in the event of violations*”.

⁴⁹ Comentario del Protocolo I, párr. 3545.

⁵⁰ Ver ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, IT-96-21-A, párr. 232: “*The phrase, ‘had reason to know’, is not as clear in meaning as that of ‘had information enabling them to conclude’, although it may be taken as effectively having a similar meaning. The latter standard is more explicit, and its rationale is plain: failure to conclude, or conduct additional inquiry, in spite of alarming information constitutes knowledge of subordinate offences. Failure to act when required to act with such knowledge is the basis for attributing liability in this category of case*”.

⁵¹ Comentario del Protocolo I, párr. 3545.

Como tercer elemento, se exige que el superior falle a su obligación de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen o para castigar al subordinado responsable⁵².

En el art. 87 del Protocolo Adicional I relativo a los deberes de los superiores, se especifican las obligaciones que tienen los jefes. Respecto al incumplimiento del deber de actuar el párrafo 3 de dicha disposición estipula que los Estados: *“obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”*.

En este sentido, el superior debe adoptar todas las medidas factibles que tiene a su alcance para impedir o castigar los crímenes⁵³. Lo que hay que tomar en cuenta es la capacidad efectiva que tiene el superior para impedir o castigar los crímenes. La obligación de prevenir el crimen incumbe al superior desde el momento en el cual se enteró de la preparación o la planificación del crimen, o desde el momento a partir del cual dispone de elementos que le indican la comisión del crimen. La obligación de castigar surge luego de la comisión del crimen. Incluye como mínimo un deber de investigar el crimen para establecer los hechos y reportarlos a la autoridad competente, si el superior no goza del poder de castigar el mismo⁵⁴.

⁵² Ver ICTY, “Prosecutor v. Stanislav Galic”, IT-98-29-T, párr. 173: *“The case-law of the International Tribunal establishes that the following three conditions must be met before a person can be held responsible for the criminal acts of another under article 7(3) of the Statute: (1) a superior-subordinate relationship existed between the former and the latter; (2) the superior knew or had reason to know that the crime was about to be committed or had been committed; and (3) the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent the criminal act or punish the perpetrator”*.

⁵³ Ver ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, párr. 395: *“It must, however, be recognised that international law cannot oblige a superior to perform the impossible. Hence, a superior may only be held criminally responsible for failing to take such measures that are within his powers. The question then arises of what actions are to be considered to be within the superior’s powers in this sense. As the corollary to the standard adopted by the Trial Chamber with respect to the concept of superior, we conclude that a superior should be held responsible for failing to take such measures that are within his material possibility. The Trial Chamber accordingly does not adopt the position taken by the ILC on this point, and finds that the lack of formal legal competence to take the necessary measures to prevent or repress the crime in question does not necessarily preclude the criminal responsibility of the superior”*.

⁵⁴ Ver ICTY, “Prosecutor v. Kordic”, IT-95-14/2-T, párr. 445: *“The duty to prevent should be understood as resting on a superior at any stage before the commission of a subordinate crime if he acquires knowledge that such a crime is being prepared or planned, or when he has reasonable grounds to suspect subordinate crimes”*. Ibid, párr. 446: *“The duty to punish naturally arises after a crime has been committed. Persons who assume command after the commission are under the same duty to punish. This duty includes at least an obligation to investigate the crimes to establish the facts and to report them to the competent authorities, if the superior does not have the power to sanction himself. [...] Civilian superiors would be under*

V. JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Los Convenios de Ginebra de 1949 establecieron un sistema cuya rigurosa aplicación hubiera imposibilitado a los criminales de guerra que escapasen de ser juzgados ante los tribunales de su propio país o en cualquier otro Estado. Es decir que imponen la obligación a los Estados de garantizar que sus leyes penales contengan las disposiciones necesarias para buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario o crímenes de guerra, y de ser el caso hacerlas comparecer ante sus propios tribunales o entregarlas a otro Estado interesado en juzgarlas. Además, los tratados no se satisfacen con la adopción de dichas leyes, sino que exigen expresamente a los Estados, buscar activamente a los sospechosos y juzgarlos efectivamente⁵⁵. Esto hace claramente que los legisladores deban conocer profundamente los alcances y el significado del principio de la jurisdicción universal.

Estas reglas no toleran ningún límite en cuanto a la nacionalidad de los autores o de las víctimas, ni con respecto al lugar donde se cometieron los crímenes. Por lo tanto difieren de la jurisdicción basada en la territorialidad, la personalidad activa o pasiva, o el interés nacional del Estado.

Los Convenios de Ginebra establecen entonces una jurisdicción universal la cual esté reforzada por el hecho de que 194 Estados son partes en dichos convenios y se comprometieron por consiguiente a aplicar sus disposiciones, lo que significa que no debería ser posible evitar el castigo.

El motivo por el cual los Estados se comprometieron a ejercer una jurisdicción tan amplia en materia de crímenes de guerra proviene de la convicción que dichos crímenes atentan contra la conciencia del mundo civilizado y amenazan el orden jurídico internacional. Es decir que se considera al criminal de guerra como *hostis humani*. Por lo tanto la represión de sus crímenes responde a un interés de todos los Estados y no únicamente de aquellos directamente afectados.

La Corte Suprema de Canadá explicó al respecto que en cuanto a los crímenes de guerra la persecución extraterritorial es una necesidad práctica porque a menudo el Estado donde se cometió el crimen se abstiene de enjuiciarlo. Además, existiría una tendencia de los culpables de huir a lugares incluso muy alejados. Entonces, sería fácil para ellos evitar el castigo porque pudiesen trasladarse afuera de la jurisdicción territorial del Estado del crimen. La corte concluyó que tal posibilidad era precisamente rechazada por la comunidad internacional⁵⁶.

similar obligations, depending upon the effective powers exercised and whether they include an ability to require the competent authorities to take action”.

⁵⁵ Arts. 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

⁵⁶ Ver Supreme Court of Canada (“R. v. Finta”, [1994] 1 SCR 701): “*Extraterritorial prosecution is thus a practical necessity in the case of war crimes and crimes against humanity.*”

Los arts. 49 (I), 50 (II), 129 (III) y 146 (IV) de los cuatro Convenios de Ginebra, establecen la obligación de juzgar a los que violan el Derecho Internacional Humanitario, o entregarlos a otro Estados para que sean juzgados, en los siguientes términos: “*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas 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 disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes*”.

El comentario de los Convenios de Ginebra subraya que las legislaciones nacionales deben extenderse a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad⁵⁷. Es decir que los Estados tienen que enjuiciar a los violadores del Derecho Internacional Humanitario de cualquier país.

Por otro lado, surge la pregunta sobre si los Estados tienen que reprimir tanto las infracciones graves cometidos en su propio territorio como en aquel de otros Estados. Estrictamente hablando, el texto de los arts. 49(I), 50 (II), 129 (III) y 146 (IV) de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 no se refiere explícitamente al *forum delicti commissi*. No obstante, la irrelevancia del lugar de la comisión de los crímenes resulta evidente de la interpretación histórica y teleológica de la norma. Está confirmado, además, por una práctica constante tanto al nivel nacional como internacional.

Not only is the state where the crime took place unlikely to prosecute; following the cessation of hostilities or other conditions that fostered their commission, there also is a tendency for the individuals who perpetrated them to scatter to the four corners of the earth. Thus, war criminals would be able to elude punishment simply by fleeing the jurisdiction where the crime was committed. The international community has rightly rejected this prospect”.

⁵⁷ Comentario to Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 august 1949, ad art. 49: “*The obligation imposed on the States to enact any necessary legislation implies the applicability of such legislation to any person, whether a national or an enemy, who commits a grave breach. This is a point on which a number of national laws which already penalize certain cases of violation by their nationals of the Geneva Convention, require to be supplemented. The obligation imposed on the Contracting Parties to search for persons accused of grave breaches of the Convention implies activity on their part. As soon as one of them is aware that a person on its territory has committed such an offence, it is its duty to see that such person is arrested and prosecuted without delay. It is not, therefore, merely at the instance of a State that the necessary police searches should be undertaken: they should be undertaken automatically, and the proceedings before the courts should, moreover, be uniform in character, whatever the nationality of the accused. Nationals, friends and enemies should all be subject to the same rules of procedure, and should be judged by the same courts*”.

En efecto, las circunstancias en las cuales suelen ocurrir este tipo de infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario son a menudo caóticas o incluso permisivas. Por ello, son poco propicias para que la justicia del *locus delicti* pudiera desempeñarse con la serenidad y eficacia requeridas. En consecuencia, confiar la persecución penal de los crímenes de guerra únicamente a los Estados partes en el conflicto armado es impracticable y conlleva el riesgo de favorecer la impunidad.

Además, cabe tener presente que la gran mayoría de los conflictos armados de hoy día son sin carácter internacional. La mayoría de los crímenes de guerra se cometen en estos conflictos. Es decir que se trata de circunstancias donde tanto los perpetradores como las víctimas pertenecen al mismo Estado en cuyo territorio ocurren los crímenes. En esta situación se reúnen todos los requisitos que el derecho penal exige tradicionalmente para afirmar la jurisdicción de los tribunales nacionales. Por lo tanto no sería necesario que el Derecho Internacional haga hincapié en la obligación de legislar al respecto. Si lo hace sin embargo es para que todos los Estados puedan castigar tales crímenes.

VI. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la acción pública existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, por lo que respecta a las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, hay varios ordenamientos jurídicos que no tropiezan con este obstáculo en el ejercicio de la acción pública. En particular, es este el caso de los sistemas de *common law*. Los legisladores de los sistemas de derecho romano-germánicos bien han instituido prescripciones bastante más largas que para las infracciones leves, bien han excluido cualquier prescripción para las infracciones graves.

La prescripción de las sanciones se acepta con menos generalidad en los diferentes ordenamientos jurídicos. Los sistemas jurídicos de *common law* hacen caso omiso de ella, y los demás ordenamientos la limitan severamente. Los plazos son, por lo general, muy largos para las infracciones más graves. La prescripción de la sanción no entra en juego habitualmente por lo que respecta a ciertas infracciones o contra delincuentes supuestamente peligrosos o reincidentes.

En Derecho Internacional no se conoce, por lo general, la prescripción. Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales no abordan el tema, pero si lo hace el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional.

Por lo que respecta a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad, la imprescriptibilidad se afirmó mediante la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 relativa a la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. La República Argentina también es Estado parte en este tratado internacional.

Esta Convención abarca tanto la prescripción de la acción pública como la prescripción de las sanciones. Los crímenes contemplados son los crímenes de guerra, incluidas expresamente las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, los crímenes de lesa humanidad, cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz, incluido el apartheid y el genocidio. Esta Convención tiene efectos retroactivos en la medida en que tiende a abolir cualquier prescripción que intervenga en virtud de una ley o de cualquier otra norma.

La XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Estambul, 1969) invitó, en su Resolución XII, a los Gobiernos de todos los Estados a adherirse a la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Esta postura se fundaba en la preocupación del Movimiento de la Cruz Roja y la Media Luna Roja por el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y la convicción de que la adopción de la Convención es un medio de evitar la repetición de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad.

*VII. LAS VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO Y SU TIPIFICACIÓN EN LAS LEGISLACIONES
NACIONALES DE AMÉRICA, CON ESPECIAL REFERENCIA
A LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA CONTRIBUCIÓN REALIZADA
POR EL CICR EN LA MATERIA*

a) La situación en América Latina

En la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que se reunió en Ginebra en el año 1995, se recordó la importancia de la aplicación a nivel nacional del Derecho Internacional Humanitario. Mediante la aprobación de las recomendaciones del grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de la guerra, la Conferencia puso de relieve la imperiosa necesidad de que los Estados adopten medidas legislativas y reglamentos de aplicación a nivel nacional que permitan garantizar el respeto de los tratados de Derecho Internacional Humanitario, y para ello se instó a la creación de comisiones nacionales de aplicación de este derecho (en adelante CADIH). Por su lado el CICR instituía desde entonces, el Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario a fin de reforzar su apoyo a los Estados comprometidos en la aplicación de este derecho a nivel nacional.

Para ese mismo año, América Latina ya contaba con algunas CADIH en Argentina, Bolivia, Chile, Panamá, Paraguay, República Dominicana y la República Oriental del Uruguay, a las que podríamos sumar la Comisión Gubernamental para la Humanización del Conflicto Armado Interno y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario de Colombia. En síntesis existían ocho CADIH mientras en el mundo había un total de treinta y cinco.

En 2011 en América existen CADIH en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y la República Oriental del Uruguay. Son diecisiete CADIH sobre un total de noventa en el mundo.

Los principales tratados del Derecho Internacional Humanitario han sido aceptados por casi todos los Estados de la región americana. Sin embargo, hacerse parte de esos tratados es sólo un primer paso, ya que también deben esforzarse por aplicar este derecho, es decir, poner sus normas en acción.

En toda América, y en especial en América Latina, se ha trabajado mucho por la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, pero no en todos los ámbitos que ello es exigido por los tratados pertinentes. Por un lado, es la región del mundo que, en los últimos quince años, ha ratificado la mayor cantidad de tratados internacionales y también, aunque en forma menor y más lenta, se ha esforzado por adoptar medidas nacionales para su efectiva aplicación.

América Latina ha incluido el Derecho Internacional Humanitario en su debate en las agendas de los foros regionales tales como la Organización de Estados Americanos (OEA), el Parlamento Latinoamericano (PARLATINO) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) entre otros. En dichos foros, el Derecho Internacional Humanitario está presente a través del debate político, humanitario y traducido en la adopción de declaraciones, resoluciones, organización de seminarios y cursos para sus miembros.

A ello hay que sumar que, durante los últimos años, las declaraciones finales de las reuniones de ministros de Defensa de la región se han hecho eco de la importancia de la integración del Derecho Internacional Humanitario en las Fuerzas Armadas tanto en la doctrina, la enseñanza, el entrenamiento y también en la sanción.

Por otra parte, en América Latina, el Derecho Internacional Humanitario es objeto de estudio sistemático en la mayoría de las universidades que forman la dirigencia política y los líderes de opinión en sus propios contextos nacionales.

En el marco de las cuestiones regionales, el CICR celebra, en 1996, un acuerdo con la OEA, no obstante que desde el año 1994, la Organización ya se adentraba en temas de Derecho Internacional Humanitario. Por entonces, ya adoptaba una resolución en el seno de su Asamblea General sobre su promoción y respeto que, año tras año, se seguirá renovando y reflejará la voluntad política positiva de los Estados Miembros en su compromiso de asegurar el respeto de las normas de este derecho.

Hasta el año 1996, apenas dos Estados tenían legislación sobre crímenes de guerra en forma parcial en toda América, se trataba de Estados Unidos de Norte América y Canadá. Algunos países también tenían normas dispersas en códigos penales militares o de justicia militar que incriminaban, mayormente, conductas constitutivas de crímenes de guerra relacionados con el estatuto de

prisionero de guerra, pero no existía por entonces, legislación alguna que fuera completa. La intención de los Estados de la región para redactar proyectos en la década del noventa era al menos precaria.

Si se consulta el primer informe del Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del CICR, sobre el punto referido, se puede apreciar, por ejemplo que, en 1996 la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de Colombia estaba trabajando en un proyecto de ley para incorporar en la legislación penal nacional la represión de las violaciones al Derecho Internacional Humanitario⁵⁸.

También en 1996, Costa Rica, en el marco del proceso de revisión del Código Penal, del código de procedimiento penal y de la ley de justicia para menores, estudiaba la posibilidad de incorporar los crímenes de guerra. El propio Ministro de Justicia instauraba un grupo de trabajo e invitaba al CICR para colaborar y asesorar a los redactores del proyecto.

Por otra parte Guatemala, aprovechando al igual que Costa Rica un proceso de revisión del Código Penal, recibía con beneplácito la sugerencia del Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del CICR para incorporar los crímenes de guerra. Para ello el Colegio de Abogados estuvo encargado de preparar un proyecto de revisión de la legislación penal y el CICR asesoró a sus miembros.

En el Cono Sur, Argentina, por entonces, a instancia de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, trabajaba arduamente en un proyecto de reforma del Código de Justicia Militar que incluía un capítulo completo sobre las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario. El CICR pudo revisar el proyecto y hacer las sugerencias del caso.

Siguiendo las informaciones contenidas en el informe de participación de los tratados de relevancia para el Derecho Internacional Humanitario y su aplicación a nivel nacional presentado por el CICR a la OEA, para el bienio 2008/2009, quince años después, es decir en 2010, existían ocho Estados de la región que han incorporado en su derecho penal normas que le permiten sancionar la mayoría o la totalidad de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario y otras violaciones de acuerdo con sus compromisos internacionales.

Estos Estados son: Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Estados Unidos de Norte América, Nicaragua, Panamá y la República Oriental del Uruguay. En varios de esos procesos participaron sus CADIH y el CICR asesoró a través de sus delegaciones y del Servicio de asesoramiento ya mencionado anteriormente.

⁵⁸ Aplicación a nivel nacional del Derecho Internacional Humanitario, Informe Anual 1996, CICR Ginebra, 1997.

b) La situación en la República Argentina

Haciendo un poco de historia, vemos que antes del año de 2007, sólo el antiguo Código de Justicia Militar Argentino (en adelante CJMA) era el único instrumento legal con rango de ley en el país que incorporaba algunas infracciones graves que figuran en los Convenios de Ginebra. Así, por ejemplo, el art. 746, CJMA, punía a la persona que obligara a un prisionero de guerra a combatir contra su bandera, lo injuriare o lo maltratare o le privare del alimento necesario. El mismo artículo tenía una prescripción en su segundo inciso acerca de la prohibición de atacar sin necesidad militar a hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, cárceles o casas de agentes diplomáticos o cónsules extranjeros. También sancionaba a quien destruyere templos, conventos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte sin que lo exigieran las operaciones de guerra. El art. 741, CJMA, sancionaba al militar que prolongare las actividades después de haber recibido la noticia oficial de haberse hecho la paz, tregua o armisticio. Fuera de estas normas, si hubiera sido necesario en un conflicto armado, en subsidio se hubieran debido aplicar algunos tipos penales del derecho penal clásico como el homicidio, las lesiones y otros que figuraban en el Código Penal de la Nación Argentina.

A lo largo de la década del noventa y en los primeros años del siglo veintiuno, el Congreso de la Nación Argentina trató en sus comisiones parlamentarias varios proyectos de ley que tipificaban penalmente las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario. No hacemos mención de todos ellos pero si mencionaremos algunos para demostrar que la mayoría de los proyectos de ley proponían modificar el Código Penal de la Nación Argentina o el antiguo Código de Justicia Militar.

Por ejemplo, son de mención los siguientes: el proyecto de ley del senador Rubén Giustiniani que presentó, en el año 2005, en Senadores proponiendo una reforma del Código Penal de la Nación Argentina a través de una ley especial en lo penal que tipificaba la mayoría de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario; o el proyecto de ley de reforma integral del Código Penal que encabezaba un grupo de notorios penalistas argentinos con la anuencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que en el año 2004 incluía un título sobre las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, o la propia reforma del Código de Justicia Militar (Ley 26.394) emprendida por el Ministerio de Defensa en el año 2005 que, inicialmente, pretendió tipificar todas las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario pero que, finalmente, solo hizo referencias a los procedimientos para su juzgamiento en tiempo de conflicto armado.

No podemos dejar de mencionar también que, en el año 2001, se creó una comisión de expertos que preparó un proyecto de ley que tipificaba todas las conductas violatorias de los Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional I y el art. 8º del Estatuto de Roma de 1998 y aseguraba la complementariedad con

la Corte Penal Internacional. Este proyecto fue presentado al Parlamento en el año 2005 pero no alcanzó su aprobación en el Senado. Al poco tiempo, quien actualmente es la presidente de la República Argentina, por aquel entonces senadora Cristina Fernández de Kirchner, redactaba un proyecto de ley que hacía remisión a los crímenes de competencia del Estatuto de Roma de 1998. El CICR tuvo la oportunidad de ser consultado y asesorar en la materia. El 6 de enero de 2007 se publicó en el Boletín Oficial de la Nación Argentina la Ley 26.200 que nació del proyecto de mención.

Todos los proyectos mencionados precedentemente contaron en algún momento de su redacción con la opinión y asesoría técnica legal del CICR.

Tomando en cuenta que la mayoría de los proyectos de ley presentados en el Congreso Argentino estaban referidos a la implementación del Estatuto de Roma de 1998, el CICR recordó, en todos los casos, la necesidad de completar todas las figuras a ser tipificadas con aquellas que figuraban en los tratados internacionales de las que la Argentina es Estado parte y que el Estatuto de Roma de 1998 no incluye en su totalidad, pero que siguen en vigor para el Estado.

Siendo que el mandato del CICR se ciñe a la promoción y respeto del Derecho Internacional Humanitario las consideraciones que se hacían a los diferentes proyectos presentados -no obstante que contenían otros temas- versaban sobre la tipificación de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, el principio de jurisdicción universal, la responsabilidad de los superiores y la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra⁵⁹. El CICR no puede opinar acerca de cuál es el método que el Estado debe adoptar para incorporar estos crímenes en su legislación penal interna, por ello no podía indicar si era conveniente tipificar en forma detallada las conductas violatorias del Derecho Internacional Humanitario o hacer remisión a los tratados que la contienen.

El proyecto presentado por la senadora Kirchner, hoy Ley 26.200, proponía incorporar a la legislación de la República Argentina los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, haciendo una remisión a los artículos del Estatuto de Roma de 1998 (6, 7 y 8 respectivamente). Sin embargo, al hacer una remisión, no completaba la lista de crímenes de guerra que el Estatuto de Roma de 1998 no tuvo en cuenta y que como ya mencionó precedentemente, están en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I.

⁵⁹ El análisis se inscribe en el marco del apoyo que el CICR ofrece a los Estados en el ámbito de la aplicación nacional de los tratados de derecho internacional humanitario. Es parte del cometido asignado por los Estados al CICR, como se estipula en el art. 5.2 (C) de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Dicho cometido se puntualizó en la res. 1 de la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja la cual suscribió tanto la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, aprobada el 1 de septiembre de 1993, como las recomendaciones formuladas por el Grupo Intergubernamental de Expertos que se reunió del 23 al 27 de enero de 1995 en Ginebra, Suiza.

Por tal motivo, el CICR solicitó a la senadora la posibilidad de que se incorporase algunas enmiendas al proyecto de su autoría, solicitándole que en beneficio a la coherencia y armonía de la legislación nacional sobre la materia, se revisara a la luz del Derecho Internacional los términos en que el proyecto receptaba la jurisdicción universal, la imprescriptibilidad de los crímenes, la responsabilidad de los superiores y además que se abriera la posibilidad de completar la nómina de los crímenes de guerra⁶⁰.

En este último punto se solicitaba que, al menos, se incorporasen al proyecto las infracciones graves que figuran en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I y que, por diversas cuestiones de índole político, no fueron receptados en el Estatuto de Roma de 1998, pero que aún así debían legislarse en el ordenamiento jurídico a nivel nacional.

La exposición de motivos del proyecto en cuestión, anunciaba en uno de sus párrafos que solo se limitaría a implementar el Estatuto de Roma de 1998, pero sin embargo, como consecuencia de sugerencias anteriores del CICR entre otros, se había solicitado que se legisle sobre las obligaciones dimanantes de la totalidad de los tratados de Derecho Internacional Humanitario.

En virtud de ello el proyecto de ley contenía referencias a normas dispersas de algunos tratados, lo que eventualmente servía como un argumento para insistir en seguir acrecentándolo a la luz de los compromisos internacionales contraídos por la República Argentina⁶¹.

Por ello, el CICR insistió en que al menos se tipificasen las siguientes conductas que contienen los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I:

— la demora injustificable en la repatriación de los prisioneros de guerra o de personas civiles⁶².

⁶⁰ En el texto final de la Ley 26.200, en su art. 4° se consagra el principio *aut dedere aut iudicare* en los siguientes términos: Principio *aut dedere aut iudicare*: “Cuando se encuentre en territorio de la República Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción una persona sospechada de haber cometido un crimen definido en la presente ley y no se procediera a su extradición o entrega a la Corte Penal Internacional, la República Argentina tomará todas las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de dicho delito”. La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra fue receptada en su art. 11 del siguiente modo: “La acción y la pena de los delitos previstos en los arts. 8°, 9° y 10 de la presente ley y aquellos que en el futuro sean de competencia de la Corte Penal Internacional, son imprescriptibles”.

⁶¹ El proyecto contenía una norma que permitía abarcar los alcances del Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño de 1989 sobre participación de los niños en los conflictos armados. También hacía referencia a una disposición contenida en el art. 14 del Protocolo Adicional II aplicable a conflictos armados sin carácter internacional, referida a «el hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra» en tal tipo de conflicto.

⁶² Vgr. la figura de la demora injustificada de la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles está contemplada como infracción grave o crimen de guerra en el art. 85 párr. 4°, inc. b) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949.

— el hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas⁶³.

— los ataques contra instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a los bienes de carácter civil que sean excesivos en el sentido del art. 57, párr. 2, a) III del Protocolo adicional I, es decir que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista⁶⁴.

Además el CICR solicitó que se incorporase una prohibición genérica de emplear armas que causan daños innecesarios o males superfluos que están prohibidos en tratados internacionales ratificados por la República Argentina⁶⁵.

Como resultado final, puede apreciarse que en la Ley 26.200 varias de las sugerencias del CICR fueron incorporadas al texto definitivo⁶⁶.

La República Argentina también realizó una reforma integral del sistema de justicia militar aprobándose la ley 26.394, publicada en el Boletín Oficial del 29 de agosto de 2008.

Este proceso de reforma fue iniciado por el Ministerio de Defensa en 2006 y el CICR fue invitado a participar como observador. Dicha ley contiene, entre otras normas, varias relativas a los procedimientos penales militares e instrucciones para la población civil en tiempo de guerra y otros conflictos armados.

Puede considerarse que gran parte del trabajo ya ha sido cumplido por la República Argentina en materia de legislación que enjuiciará a quienes violan el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, se debería completar su ordenamiento jurídico nacional con la adopción de otras normas penales que permitan perseguir penalmente a quienes violan cualquiera de los tratados de Derecho Internacional Humanitario o con contenidos de este de los que la Re-

⁶³ Esta figura está contemplada como infracción grave o crimen de guerra en el art. 85, párr. 3º, inc. d) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949).

⁶⁴ Esta figura está contemplada como infracción grave o crimen de guerra en el art. 85, párr. 3º, inc. c) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

⁶⁵ Como mínimo el CICR pretendía que se tuvieran en cuenta —la Convención de 1980 de las Naciones Unidas sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y sus Protocolos I, II, II enmendado en 1996, III y IV (ratificados por Argentina)—; la Convención sobre la Prohibición el Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Tratado de Ottawa de 1997, ratificado por Argentina).

⁶⁶ Art. 10 de la Ley 26.200. “En los casos previstos en el art. 8º del Estatuto de Roma y en el art. 85, párr. 3º, incs. c) y d) y párr. 4º, inc. b) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua. Cuando el Estatuto de Roma se refiere a “reclutar o alistar niños menores de 15 años”, la República Argentina entenderá que se trata de menores de 18 años. Cuando el Estatuto de Roma se refiere a “hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra”, previsto como tipo de violación grave de la ley y uso aplicable en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, la República Argentina lo hará extensivo a conflictos armados de cualquier naturaleza”.

pública Argentina es Estado parte, más allá de lo dispuesto por la Ley 26.200 mencionada precedentemente.

Además, tomando en cuenta que en mayo de 2010 se reunió en Kampala la Primer Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de 1998 y en su seno se adoptaron una serie de enmiendas al Estatuto, entre otras, al art. 8° sobre crímenes de guerra, debe alentarse al Estado para aceptar esas enmiendas, toda vez que las conductas descritas en ella ya son conductas reprochables en otros tratados internacionales de los que la República Argentina es Estado parte e incorporarla a su legislación nacional⁶⁷.

Sin duda, una legislación adecuada y completa de los tratados de Derecho Internacional Humanitario aseguraría que en la República Argentina se pueda llevar ante sus propios tribunales a las personas que cometan o dan ordenes de cometer cualquier conductas violatoria del Derecho Internacional Humanitario

Los Estados son los verdaderos garantes del Derecho Internacional Humanitario, por ende también es su misión además de respetarlo y hacerlo respetar que aseguren que el brazo de la Justicia evite la impunidad por crímenes que toda la comunidad internacional considera inhumanos e inaceptables.

⁶⁷ Enmienda al art. 8°, ER: “Añádase al apart. e) del párr. 2° del art. 8° lo siguiente: xiii) emplear veneno o armas envenenadas; xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones”.