

## CÓMO EVITAR LA IMPUNIDAD FRENTE A LAS VIOLACIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Reinaldo BOTERO BEDOYA

Desde hace ya varios años, en América Latina se ha estado discutiendo el tema de la impunidad en materia de violaciones al derecho internacional. Particularmente, luego de realizados muchos esfuerzos por encontrar salidas a las dificultades que en cada país se han presentado, los juristas, académicos y defensores nos han enseñado que la impunidad no es un problema exclusivamente jurídico, pues en su generación hay problemas de otro orden y, que, de la misma forma, por ser un problema jurídico no es exclusivo del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, sino que es también un problema en el campo del derecho internacional humanitario.

De otra parte, hemos aprendido que la solución a los problemas de la impunidad no se encuentran de manera insular en el campo del derecho penal y el consiguiente castigo carcelario de los autores de las violaciones, puesto que a la hora de encontrar soluciones adecuadas, existen otras cuestiones que cobran una relevante importancia: como el logro de una reconciliación nacional basada en el respeto de la dignidad humana, la reparación a las víctimas —individuales y colectivas— y el consiguiente restablecimiento integral de sus derechos; el compromiso de quienes fueron los transgresores de que no volverán a cometer esas infracciones y, por supuesto, los problemas que están relacionados con los programas de reinserción de los actores armados y el retorno de la población —refugiada y desplazada— afectada por

las hostilidades militares o por las violaciones a sus derechos fundamentales.

Aunque, sin lugar a dudas, el derecho y, en particular el derecho internacional humanitario, puede jugar un importante papel preventivo, en especial mediante su difusión en tiempo de paz, también es cierto que dado el aumento de los conflictos armados de carácter no internacional no siempre es posible encontrar soluciones estables y duraderas destinadas, ante todo, a proteger a las personas que no participan en las hostilidades militares, al personal sanitario, al religioso e inclusive, a las propias personas que habiendo participado en las hostilidades han dejado de combatir por herida, enfermedad, rendición, detención o por cualquiera otra causa.

Si se recuerda, entonces, que el derecho penal es sólo una parte de la solución, quisiera referirme a este tema a fin de centrar el debate alrededor de las infracciones graves al derecho internacional humanitario en conflictos armados de carácter no internacional, en el entendido de que la penalización de esas infracciones hacen parte de un tema más global como son las medidas de aplicación del derecho internacional humanitario en la legislación nacional. Especialmente, no cabe duda a ese respecto que, tanto su difusión como la adopción de medidas nacionales contribuyen, notablemente, a crear un marco jurídico especial de protección y de garantía que va a redundar en la solución de los problemas que se encaran cuando cesan las hostilidades militares por virtud de acuerdos generales.

En ese sentido, cuando se piensa en tomar medidas nacionales destinadas a aplicar el derecho internacional humanitario, debe pensarse también en la adecuación del derecho nacional a las exigencias internacionales modernas, porque, sin duda alguna, los radicales cambios que hoy se producen en el ámbito de las relaciones internacionales —tanto en la economía como en la política— han alcanzado también al derecho y, muy especialmente, al derecho internacional; en tanto que hoy día es una de las ramas del derecho que más incide en el derecho nacional.

En efecto, hasta hace poco tiempo era imposible pensar que los sistemas penales nacionales se adecuaran tan rápidamente para cumplir con las exigencias que impone el derecho internacional público. Tampoco, hasta hace muy poco tiempo, podría pensarse en que la comunidad internacional de Estados organizará sistemas penales tendientes a investigar y sancionar a los responsables de haber cometido o dado la orden de cometer una violación a los tratados internacionales de derechos humanos o de derecho internacional humanitario.

De la misma manera, era casi improbable que un sistema penal nacional se pusiera en funcionamiento en orden a investigar penalmente a un agente o ex agente de otro país por presuntas violaciones a la normativa internacional.

Hoy día, sin importar la nacionalidad, ni el rango del presunto infractor, ni su estatus, la justicia penal nacional de muchos países intenta, en forma autónoma e independiente, investigar los autores materiales, intelectuales, instigadores o determinadores de hechos constitutivos de una grave afrenta al derecho. El estudio de Thomas Graditzky publicado en la *Revista Internacional de la Cruz Roja* refleja claramente la actual tendencia de los tribunales civiles y penales nacionales en materia de aplicación de las normas del derecho internacional en sus sentencias. Y, lo hacen no precisamente de manera referencial, sino como fuente primaria de aplicación.<sup>1</sup>

De la misma manera, y en cuanto se relaciona con las legislaciones nacionales que han adecuado sus sistemas de represión nacional.<sup>2</sup>

Esos rápidos cambios han llevado a que cada vez sea más invisible la frontera que separa a monistas y dualistas quienes, en el pasado, habían librado duras batallas jurídicas por hacer pre-

1 Véase *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 145, marzo de 1998; Graditzky, Thomas, *La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional*.

2 Véase *Represión nacional de las violaciones del derecho internacional humanitario (sistemas romano-germánico)*, Ginebra, CICR, Servicios de asesoramiento en derecho internacional humanitario, 1999.

valecer o el derecho nacional sobre el internacional o éste sobre aquél. Como lo veremos más adelante, las obligaciones de persecución y colaboración judicial en materia de pruebas y extradición han puesto en escena otro tipo de exigencia, como es la prevalencia de un orden jurídico, nacional o internacional, destinado a proteger a la persona humana. El nuevo reto, entonces, consiste en armonizar uno y otro derecho, sin exclusiones y sin reservas que impidan aplicarlos adecuadamente. En otros términos, la prevalencia ya no es el derecho mismo, sino la persona humana como destinataria de la protección que se le debe dar.

En ese orden de ideas, cuando los Estados suscriben y ratifican los tratados internacionales adquieren una serie de obligaciones jurídicas imperativas que deben ser cumplidas de buena fe. Entre otras obligaciones que dimanan del derecho internacional, podríamos resaltar dos importantes: la de hacer cumplir el derecho internacional humanitario y la de cumplirlo. La primera, podrá ser una obligación de hacer o de no hacer nada que impida su cumplimiento, mientras que la segunda, será siempre una obligación de hacer.

Por lo que atañe al derecho internacional humanitario, esas obligaciones han adquirido en la última década una relevancia tal que, sin dejar de ser un derecho de reglas, ha pasado a ser también un derecho coactivo con una fuerte incidencia en el desarrollo de las nuevas formas de relacionarse los Estados. Aunque ya desde la Convención de La Haya de 1907 se había previsto, en su artículo 30., que los beligerantes debían, por una parte, indemnizar por los daños cometidos, el artículo 73 del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé un completo régimen de reparación a las víctimas de los conflictos armados, por la otra asumir, por primera vez, la responsabilidad por los actos bélicos, la verdad es que sólo hasta el derecho de Ginebra de 1949 puede hablarse de un verdadero sistema de normas de derecho positivo encaminadas a encontrar soluciones punitivas más concretas y personales. El primer antecedente en este siglo lo constituye el Tribunal Penal Internacional que se creó al término de la Primera

Guerra Mundial para juzgar al káiser Guillermo II; luego lo seguirían los tribunales de Tokio y el de Nuremberg en la Segunda Guerra Mundial. En ese sentido, el tribunal afirmó, categóricamente que: “son los hombres, y no las entidades abstractas, quienes cometen crímenes cuya represión se impone como sanción del derecho internacional”.<sup>3</sup>

En particular, con los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y, posteriormente, con la adopción de los dos Protocolos adicionales de 1977, el derecho penal fue incorporado al derecho internacional humanitario. Aunque el derecho internacional humanitario no prevé una reglamentación con tipos penales estrictos, ni señala las consecuencias penales a las prohibiciones que son sancionables, mediante un sistema especial de represión de las violaciones a esas prohibiciones, si prevé un listado exhaustivo de las infracciones graves a esa normativa. Aún más, aunque tampoco prevé un procedimiento penal en particular, si tiene establecido un amplio sistema de valores y unos parámetros generales que inciden en la construcción de un sistema judicial de modelo acusatorio basado en el respeto de los principios del garantismo penal moderno.<sup>4</sup>

El Estatuto de la Corte Penal Internacional siguiendo la tendencia a la unificación de todas las infracciones relativas a los conflictos armados internacionales y no internacionales bajo la denominación de crímenes de guerra, se refirió a esta clase de crímenes con una nomenclatura múltiple: las violaciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, las otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, las violaciones graves del artículo 30., común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y las otras violaciones graves de las leyes y los usos apli-

<sup>3</sup> “Sentencia del Tribunal Militar Internacional”, *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international*, Nuremberg, 1947, t. I, p. 235.

<sup>4</sup> Véase el artículo 49, inciso 3, del primer Convenio de Ginebra de 1949, artículos 105-108 del tercer Convenio, relativo a Conflictos Armados Internacionales y el artículo 60. del segundo Protocolo adicional de 1977.

cables en los conflictos armados que no sean de índole internacional.

Pero, en todo caso, la normativa humanitaria en cuestión establece la regla general de responsabilidad penal individual cualquiera sea el tipo de conflicto y sin detrimento de las obligaciones de reparación por los daños cometidos por los Estados a consecuencia de la guerra, artículos 49 y 50 del primer Convenio de Ginebra de 1949. Hechos que son considerados como actos que deben culminar en una sanción penal.<sup>5</sup>

Según los Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente), son infracciones graves:

Las infracciones comunes contra los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, humillantes o degradantes, los experimentos biológicos, producir grandes sufrimientos de manera intencional, atentar gravemente contra la integridad física y la salud de las personas, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitraria.

Infracciones comunes contra los Convenios de Ginebra III y IV de 1949: el hecho de obligar a un prisionero de guerra o a una persona civil protegida por el IV Convenio de Ginebra a servir a las fuerzas armadas de la potencia enemiga; el hecho de privar a un prisionero de guerra o a una persona civil protegida por el IV Convenio de Ginebra de su derecho de ser legítima e imparcialmente juzgada según las prescripciones de los Convenios II y IV.

Infracciones contra el IV Convenio de Ginebra de 1949: la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal y la toma de rehenes.

Por su parte, los artículos 11 y 85 del Protocolo adicional I, establecen las siguientes infracciones:

5 Plattner, Denise, “La represión penal de las violaciones del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 102, octubre-noviembre de 1990, pp. 439-451.

## Artículo 11.

Actos contra las personas en poder de la Parte adversa o que han sido internadas, detenidas o privadas de la libertad a causa de una de las situaciones que comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los régimen racistas, en el ejercicio de los pueblos a la libre determinación; sometimiento a cualquier acto médico que no esté indicado por el estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en analógicas circunstancias a los nacionales no privados de la libertad de la Parte que realiza el acto.

- a) Las mutilaciones físicas.
- b) Los experimentos médicos o científicos.
- c) Las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si estos actos están justificados como en el caso anterior; cualquier acto que ponga en peligro la integridad física o mental de la persona detenida.

## Artículo 85.

Actos intencionales que atentan contra la integridad síquica y física de las personas.

- a) Hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles.
- b) Lanzar un ataque indiscriminado contra la población civil o contra bienes civiles, a sabiendas de que el ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil; atacar obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, sabiendo que el ataque causará daños excesivos en los bienes civiles con respecto a la ventaja militar esperada.

c) Someter a un ataque localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas.

d) Someter a una persona a un ataque, sabiendo que está fuera de combate y, utilizar pérnidamente el signo distintivo de la Cruz Roja.

### 4. Actos de efectos colectivos.

a) El traslado por la potencia ocupante de una parte de la población civil al territorio por ella ocupado, o la deportación o el traslado, al interior o fuera del territorio ocupado, de la totalidad o de una parte de la población de ese territorio.

b) El retraso injustificado en la repatriación de los prisioneros de guerra o de las personas civiles.

c) Las prácticas del apartheid y otras prácticas inhumanas y degradantes fundadas en la discriminación racial.

d) El hecho de atacar y de destruir, en gran escala, los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto claramente reconocidos que sean patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se otorgue una protección especial.

2. Actos contra poblaciones especialmente protegidas. Contra las personas en poder de la parte adversaria protegidas en los artículos 44, 45 y 73, es decir, contra los prisioneros de guerra, refugiados y apátridas; contra personas heridas, enfermas o extranjeras de la parte adversaria y contra el personal sanitario o religioso, las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios bajo el control de la parte adversaria.

En primer lugar, hay que decir que para que el derecho internacional humanitario se aplique deben conocerlo las Partes involucradas en un conflicto armado; pero, en segundo lugar, tenemos que decir, por lo que concierne a la adopción de medidas destinadas a aplicarlo y hacerlo cumplir, el derecho internacional humanitario depende de normas de ejecución nacional o internacional.

En efecto, del conjunto de normas humanitarias se desprende una serie de obligaciones específicas atribuibles única y exclusivamente a los Estados, en su condición de sujetos del derecho internacional público, tales como:

El deber de tomar las adecuadas medidas penales contra los infractores del derecho internacional humanitario (artículos 49, 50, 129 y 146 de los Convenios de Ginebra I, II, III, IV, respectivamente). Si bien el Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra no especifica la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de las violaciones al Protocolo, nada indica que las facultades de los Estados en el marco del artículo 3o., del mismo Protocolo II no puedan ir más allá de las medidas de cumplimiento general que impone el derecho internacional humanitario. Además, porque tal obligación se deriva de las normas de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ya citadas.

En especial el artículo 49 del primer Protocolo del Convenio de Ginebra tiene establecido que las Altas Partes contratantes se comprometan a determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado la orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves contra el Convenio mencionado.

Lo anterior supone que las Altas Partes contratantes están obligadas no sólo a difundir en tiempo de paz las normas del derecho internacional humanitario, sino que tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz deberán hacer todo lo posible por regular penalmente las infracciones graves a la normativa humanitaria (véase el artículo 86 del Protocolo adicional I de 1977).

En ese sentido, el deber de tomar medidas nacionales de tipo penal es otra de las claras excepciones a la afirmación según la cual el derecho internacional humanitario se aplica sólo en tiempo de conflicto armado, pues como se verá más adelante, nada impide que en tiempo de paz, un Estado Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus dos Protocolos adicionales de 1977<sup>6</sup> se pronuncie sobre la responsabilidad penal de un implicado que sea investigado por una presunta violación a esas normas. Pero, para hacerlo, deberá respetar el principio de no retroactividad de la ley penal, es decir, que previamente habrá de contar con un régimen punitivo en la materia.

En ese sentido, es necesario hacer varias advertencias. El derecho ginebrino ha sentado la base de un derecho penal moderno que tiene las siguientes características:

Es un derecho penal de acto, esto es, se aplica no sólo al combatiente sino a quien, no siéndolo, ha participado en cualquiera de las formas establecidas en el ámbito de la autoría (material o

<sup>6</sup> Como recientemente lo ha hecho Suiza, en abril de 1977, al pronunciarse en un caso en el que se acusaba a un ciudadano serbobosnio de unos delitos cometidos en los campos de Omarska y de Keraterm. Éste y otros casos similares de pronunciamientos recientes de tribunales penales y civiles nacionales los commenta Thomas Graditzky en “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 145, marzo de 1998.

intelectual y, en el primer caso ya como determinador, instigador, provocador, etc.).

Por ser un derecho penal de acto, remite hacia un modelo de responsabilidad penal individual. Este sistema permite identificar, desde el punto de vista judicial, a los responsables de hechos que, como en los conflictos armados, generalmente se cometen por actores colectivos o multitudinarios.

En ese sentido, la penalización de las infracciones graves al derecho internacional humanitario supone la abolición de los sistemas penales que se inclinan por un derecho penal de responsabilidad colectiva y objetiva.

Del mismo modo, las Altas Partes contratantes deberán abolir de sus sistemas penales la causal excluyente de responsabilidad penal de la obediencia debida, basada en una orden del superior jerárquico del autor material del hecho punible. Debe aclararse que a pesar de esta cláusula expresa en el derecho de Ginebra, el artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional estableció una excusa relativa, pero condicionada a que el inferior no supiere que la orden era ilícita y, en todo caso, estableció una presunción de derecho al suponer que todo crimen de genocidio o de lesa humanidad es “manifiestamente ilícito”. Es mucho más claro el numeral 2 del artículo 86 del Protocolo adicional I de 1977 al establecer que:

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 artículo 87 establece un completo registro de obligaciones de las Altas Partes contratantes, todas destinadas a que los jefes

o superiores tomen medidas tendientes a evitar y reprimir las infracciones de sus subalternos.

En todo caso, desde los tribunales de Nuremberg y Tokio, hasta los tribunales de Ruanda y Yugoslavia, la *opinio iuris et orbis* enseña que los intereses o las necesidades de índole política, militar, nacional, religiosa o de cualquier otra naturaleza no constituyen un motivo suficiente para justificar una infracción, ya sea del superior o del inferior que cumple una orden.

Lo anterior supone la abolición de los privilegios penales basados en condiciones extrapenales del acusado con el fin de justificar o de otorgar medidas que conduzcan a la impunidad. En tal sentido, pensamos que, desde 1949, la teoría clásica liberal del derecho penal que otorgaba ciertos privilegios a ciertos tipo de delitos ha entrado en una franca ruptura.

Finalmente, el artículo 60. del Protocolo adicional II de 1977 ha previsto una garantía de proporcionalidad entre el delito y la pena, mediante la equivalencia entre las infracciones graves al derecho internacional humanitario y aquellos delitos que tuvieran establecida una pena para conductas punibles de similar gravedad.

Debe de hacer comparecer ante los tribunales a los presuntos responsables de tales infracciones (artículo 49, 50, 129 y 146 de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente). Esta responsabilidad se deriva, en particular, de la obligación que tienen los Estados de investigar y sancionar a los presuntos responsables de las graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Lo anterior supone el cumplimiento de los siguientes deberes:

Celebrar convenios de cooperación internacional con otros Estados a fin de intercambiar pruebas y material de evidencias que pueda ser usado por las cortes nacionales, ad hoc (creadas en virtud del capítulo séptimo de la Carta de las Naciones Unidas). Tal podría ser el caso previsto en el artículo 89 del Protocolo adicional I de 1977 o como colaboración al Tribunal Penal Internacional (permanente) creado en virtud del Estatuto del 17 de julio de 1998 (artículo 85).

En particular, en materia de asistencia mutua judicial, el artículo 88 del Protocolo adicional I de 1977 establece la imperativa obligación de las Altas Partes contratantes de colaborarse respecto de las investigaciones en esa materia para que sus tribunales nacionales puedan adelantar las investigaciones penales pertinentes.

Igualmente, las Altas Partes contratantes deben de un lado, conceder la extradición o solicitar la extradición de los responsables de tales infracciones.

En este orden de ideas, podría decirse que en materia de delitos privilegiados, es necesario revisar de una manera más crítica los efectos de tales privilegios; como el asilo político, el llamado derecho de no extradición, las amnistías o indultos u otras formas de impunidad penal, basadas en los motivos nobles o altruistas de los autores.

Deber de establecer formas de juzgamiento que cumplan con las exigencias de un sistema de derecho garantista de las libertades fundamentales de las personas acusadas (artículo 146 del cuarto Convenio de Ginebra y 50, 51 y 130, de los Convenios primero, segundo y tercero, respectivamente).

Una cuidadosa lectura del artículo 49 del primer Convenio de Ginebra y de los artículos 103-108 del tercer Convenio de Ginebra de 1949, así como del artículo 60. del Protocolo adicional II de 1977, nos lleva a concluir que el derecho internacional humanitario se ha inclinado por un modelo de justicia penal basada en el respeto de las principales garantías que orientan la justicia liberal, es decir, que se autorregula tempo-espacialmente, al prever la no retroactividad de la ley penal o al propender por la vigencia formal de la ley penal en el tiempo; establece el derecho a ser juzgado por tribunales independientes e imparciales y, en general, aboga por acoger todos los derechos y garantías procesales de un debido proceso: como los derechos de defensa, de contradicción de la prueba, de la doble instancia, de la oralidad y de la eficacia.

Por todo lo anterior, actualmente, varios países de Europa y América han reformado o cambiado totalmente sus sistemas penales. Tales reformas han terminado, esencialmente, por establecer un régimen punitivo para este tipo de conductas ilícitas. Ya sea mediante la estipulación autónoma, ya por vía de referencia a los tratados o, ya mediante la creación de tipos especiales (en los países en los que el derecho es más escrito) la tendencia actual es la de construir sistemas nacionales que impidan la impunidad para tales crímenes.

Del mismo modo, es cada vez mayor el número de sistemas que han ampliado los límites territoriales de la ley penal. En este sentido, en casi todos los estatutos punitivos modernos se ha incorporado la llamada jurisdicción universal, que a su vez ya había sido incorporada por el derecho de Ginebra y que consiste en el deber de persecución de todas aquellas personas acusadas de cometer o haber dado la orden de cometer infracciones graves, “cualquiera sea su nacionalidad”. Esta jurisdicción consiste en investigar a los presuntos responsables de haber cometido daños contra los nacionales del país investigador o, como es la tendencia actual, en perseguirlos sin importar la nacionalidad de la víctima del hecho punible.

Esta cláusula aparece claramente señalada en los artículos 49, 50, 129 y 146 del primero, segundo, tercero y cuarto Convenio de Ginebra de 1949, respectivamente. Allí se dice que:

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, 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...

De ahí que en el conjunto de principios y medidas recomendadas por las Naciones Unidas para combatir la impunidad de las violaciones de los derechos humanos se ha expresado que:

...los tratados internacionales deberían contener una ‘cláusula de competencia universal’, que obligue a cada Estado Parte, bien a juzgar o bien a extraditar al autor de violaciones y es menester, además, que exista la voluntad política de aplicar dichas cláusulas. Se comprueba, por ejemplo, que las recogidas en los Convenios de Ginebra de 1949 relativos al derecho humanitario o en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura casi nunca han sido aplicados.<sup>7</sup>

Incumplido sí, pero parcialmente, porque las dinámicas actuales son otras: casi todos los Estados están integrando en sus reformas penales la cláusula universal de competencia. Lo cierto es que, la recomendación de Naciones Unidas no se ha hecho esperar y así por ejemplo, el Protocolo adicional II a la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado ya expresa literalmente:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2, cada Parte adoptará las medidas legislativas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de las infracciones indicadas en el artículo 15, en los siguientes casos:

- a) Cuando la infracción se haya cometido en el territorio de este Estado.
- b) Cuando el presunto autor sea un nacional de este Estado.
- c) Cuando se trate de las infracciones indicadas en los apartados a-c del primer párrafo del artículo 15, en caso de que el presunto autor esté presente en el territorio de este Estado...

<sup>7</sup> E/CN./Sub.2/1997/20/Rev.1, p. 8, ONU.

En esa forma, entonces, el derecho internacional humanitario no sólo tiene previsto un límite a la guerra, al establecer una serie de prohibiciones específicas, sino que, igualmente, propende por la persecución de los infractores de la normativa humanitaria. Sin duda alguna de darse un cabal cumplimiento a esas obligaciones, y de aplicarse también otros mecanismos, se estimularía el cumplimiento de las normas del derecho internacional humanitario y, en general, de los tratados internacionales que protegen a la persona humana.

Respecto de la fuerte corriente que auspicia la penalización del derecho internacional humanitario y que se ha hecho más visible a partir de la constitución de los tribunales penales ad hoc de Ruanda y Yugoslavia, se ha dicho que los tribunales encargados de juzgar y sancionar a los criminales de guerra deben preservar, en todos los casos, los principios de independencia e imparcialidad, e igualmente, se ha insistido en la necesidad de mantener el principio de subsidiariedad, en el sentido de que, ninguna corte internacional debe obrar como sustituto de los tribunales nacionales, porque tal práctica menoscabaría el deber de los Estados de reprimir tales crímenes a nivel nacional y porque podría verse seriamente comprometido el principio universal *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En ese sentido, los sistemas penales nacionales entre sí y entre éstos y las cortes penales internacionales (ad hoc o permanente) preservarían el segundo principio denominado de la complementariedad, que está llamado a fortalecer la cooperación y ha no excluir uno u otro sistema.

Con todo, el reprimir las graves infracciones al derecho internacional humanitario es indudablemente una responsabilidad que está inscrita en un conjunto de obligaciones concatenadas. Lo que no debe olvidarse es que de nada sirve penalizar las infracciones al derecho público si tales medidas no están acompañadas de otras que estén destinadas a evitar que se repitan esas violaciones en el futuro; si no se piensa en un sistema de penas alternativo que permita restarle exclusividad a la cárcel como única forma de castigo, y, finalmente, si no se acompañan tales

medidas de un amplio e integral régimen de reparación de las víctimas de los conflictos armados.

Las experiencias de muchos de los países de América nos están enseñando que se puede cambiar la ley, pero que si no se cambia la voluntad de quienes tienen el deber moral y ético de cumplir con el derecho, tales reformas no van a redundar en beneficio de las víctimas. A lo mejor la existencia de la ley sólo sirve para desconocerla. Sin embargo, el gran cambio actual es que hemos empezado una línea distinta que pretende hacer que el derecho juegue un papel importante en las relaciones políticas actuales.

Del mismo modo, el gran cambio en esas relaciones, es que el derecho está dejando de tener a la guerra como única fuente directa y al cese de las hostilidades como una brecha hacia la impunidad y está debatiéndose en el terreno de las limitadas posibilidades de la política un espacio de intervención más desinteresado.