



Crímenes de guerra. Especial referencia al caso Couso

Ana Isabel Pérez Cepeda

Prof. Titular de la Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. Antecedentes históricos de este concepto. II. Estudio de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma (art. 8). 1. El contexto. 2. Sujetos activos. 3. Sujetos pasivos. 4. Las conductas. III. Impacto del Estatuto de Roma sobre el ordenamiento jurídico interno del Estado español. IV. Análisis del caso de José Couso. 1. Periodista. 2. Legislación aplicable. 3. Objetivo militar o ataque a personas y bienes civiles. 4. Ataque proporcional. Ventaja militar / muertes y lesiones. 5. Elemento subjetivo.

“Todas las guerras son injustas y absurdas. Pero hasta la guerra más absurda e ilegal tiene sus normas.”

El derecho de guerra está constituido por las reglas que los Estados deben respetar en el ejercicio de la violencia con el fin de limitar los sufrimientos causados por los conflictos armados. Los crímenes de guerra figuran entre las infracciones más graves del derecho internacional y constituyen delitos contra la humanidad en general, comprendiendo las violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra, que conllevan la responsabilidad criminal individual. Estos delitos son el núcleo central del derecho humanitario bélico, entendido como un conjunto de normas, valores y principios que son compartidos por un amplio sector de la comunidad internacional, y que están destinados a la protección de las personas que civiles o no participan más en las hostilidades, así como aquellas que prohíben o limitan ciertos métodos o medios de guerra. Así pues, son reglas que intentan evitar que las operaciones militares provoquen destrozos inútiles y arbitrarios en relación con el objeto perseguido, causen daños irreversibles u ocasionen a los no combatientes sufrimiento y muerte sin relación con una ventaja militar precisa.

Especial mención en el ámbito del derecho bélico requiere el Comité Internacional de la Cruz Ro-

ja (CICR), mecanismo tradicional de aplicación del derecho internacional humanitario, actúa como intermediario neutral entre los Estados y como representante institucionalizado de las víctimas de la guerra. En ambos niveles, previene y pone coto a las violaciones del derecho, actuando, entre otras cosas, como sustituto de los beligerantes que no cumplen sus obligaciones humanitarias. Su proceder es más en función de las víctimas que de las violaciones del derecho.

Como cada rama del ordenamiento jurídico internacional, las fuentes de derecho (internacional) bélico tienen esencialmente naturaleza consuetudinaria. Mientras que las limitaciones de la conducta en un conflicto armado se remontan, por lo menos al guerrero chino Sun Tzu (en el siglo VI a. C.), los antiguos griegos fueron los primeros en considerar ley a estas prohibiciones. La noción de crimen de guerra apareció de forma más completa en el Código hindú Manu (hacia el año 200 a. C.), siendo eventualmente integrada en el derecho romano y europeo¹. En cualquier caso, ha sido uno de los principales sectores de derecho internacional que han recibido una amplia codificación. Muchas leyes habían sido codificadas en el momento de la Primera Guerra Mundial, en los

1. Vid., RATNER, R., “Crímenes de guerra, clases de”, en *Crímenes de Guerra. Lo que debemos saber* (dir. GUTMAN/RIEFF), Debates, 2003, p. 145.

Convenios de La Haya de 1899 y 1907. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945 definió como crímenes de guerra como “violaciones de las leyes y costumbres de guerra”. Si bien la base del derecho internacional bélico la encontramos con los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. En los Convenios de Ginebra de 1949 se estipularon las medidas para proteger a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas, a los prisioneros de guerra y las personas civiles en tiempo de guerra. Posteriormente, en 1977, los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra determinaron la protección debida de las víctimas de conflictos armados, tanto nacionales como internacionales. La mayoría de los países han ratificado las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales de 1977, desarrollando las obligaciones que tales Convenciones imponen en torno a los mecanismos para impulsar su aplicación y reprimir sus violaciones.

Los Convenios de Ginebra no sólo constituyen infracciones graves a sus normas, sino que establecen una responsabilidad penal individual de los autores de tales infracciones y de los que han ordenado cometerlos, así como obligan a los Estados Partes a sancionar a sus autores como a cualquier otro delincuente. Los Estados Partes han tenido que adoptar las medidas legislativas necesarias, incluida la incriminación de las conductas que constituyen infracciones graves contra sus normas en su legislación penal para implementar dichos mecanismos represivos y garantizar que los autores de crímenes de guerra sean efectivamente sancionados. De ahí que, en este campo, el derecho penal interno sea un instrumento de tutela de bienes jurídicos internacionales. Bienes que todos los estados civiles tienen interés en su protección, porque son su patrimonio. Por tanto, puede afirmarse que los crímenes de guerra tratan de proteger los derechos fundamentales que constituyen patrimonio común de la humanidad, tutelando bienes de fundamental importancia como la vida, la integridad física y la dignidad humana.

La vocación humanitaria del derecho de guerra se manifiesta también en que las Convenciones de Ginebra prevén el principio de justicia universal, o de extraterritorialidad absoluta (arts. 49 de I Con-

vención, en el art. 50 de la II, en el art. 129 de la III y en el art. 146 de la IV), lo que significa que todo Estado se atribuye el poder-deber de proceder para perseguir todo acto que constituya una violación de la Convención de Ginebra en cualquier lugar que sea cometido y con independencia de quién sea el autor. El principio de justicia universal debe aplicarse en todos y cada uno de los Estados como instrumento idóneo contra los espacios sin derechos².

Ahora bien, hasta el momento estos instrumentos represivos han funcionado muy mal, bien sea por la falta de implementación de las estructuras adecuadas, o bien por falta de voluntad política o reticencia a aplicar el principio de justicia universal. La razón se debe, esencialmente, a motivos políticos, es decir, al temor de una posible interferencia contra otros Estados y la idea que cuestiones internacionales sean consideradas como competencia exclusiva del ejecutivo, han paralizado cualquier iniciativa de los Estados. Por tanto, la represión efectiva de los crímenes de guerra es realizada por cada ordenamiento jurídico penal a nivel estatal.

Y en el ámbito internacional, se ha tratado de garantizar la represión de crímenes de guerra en el texto del Estatuto de Roma, que va describiendo en el art. 8, con detalle, una serie o lista extensa de las conductas que constituyen violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados dentro del marco del derecho internacional. Estas violaciones son entre otras: asesinatos, maltrato y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltrato de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares.

Si bien es cierto que el Estatuto mismo prevé (cláusula *opting-out*) en una disposición transitoria (art. 124), la posibilidad, por el Estado Parte, de “declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por

2. En España, el art. 23.4 LOGP no incluye en la relación de delitos en los que rige el principio de justicia universal los crímenes de guerra, salvo que sean abarcados, según lo establecido en el apartado g) al haber ratificado España los Convenios de 1949 y los Protocolos de 1977. En contra de que no se recoja expresamente, ya me he pronunciado en otro lugar, *vid.* PÉREZ CEPEDA, A. I., “La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional”, en *Serta in memoriam Alexandra Baratta* (ed. Pérez Álvarez), Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1363 y ss.

sus nacionales o en su territorio". Conviene precisar que, en la medida en que la legislación interna de cada país continúa jugando un rol determinante, dada la posición complementaria y residual del Tribunal Penal Internacional (TPI), el Estatuto de Roma (ER) debe ser un estímulo y un modelo de referencia para la adecuación de la legislación nacional con el fin de no dejar impunes crímenes que lesionan la dignidad y la esencia misma de todo ser humano. De ahí que, en la actualidad la mayoría de las legislaciones nacionales se estén reformando para implementar todos los extremos que recoge el genocidio, los crímenes de guerra y contra la humanidad en el ER. Por ello, nuestro estudio de crímenes de guerra analiza el art. 8 del ER, donde se incorporan normas del Derecho Humanitario bélico.

I. Antecedentes históricos de este concepto

Previamente a analizar el concepto adoptado en el Estatuto de Roma de las conductas que conforman los crímenes de guerra es preciso referirse a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, así como sus Protocolos Adicionales de 1977. El ER hace referencia directa a estos instrumentos internacionales para definir los crímenes de guerra. Por lo tanto, debemos determinar cuáles de estos instrumentos rigen, estableciendo los bienes jurídicos protegidos por los mismos para finalmente poder llegar a una definición de los crímenes de guerra bajo el ER.

Así pues, los Convenios de Ginebra de 1949 codificaron y perfeccionaron las normas que rigen las guerras entre los estados, diferenciando la conducta legal de los actos ilegales y criminales. Dichos convenios además de recoger y codificar las normas y costumbres del derecho de los conflictos armados que ponen límites a los métodos de guerra, añadieron normas para la protección y el auxilio de los no combatientes durante las hostilidades. Cada uno de ellos organiza la ayuda en tiempos de conflicto armado internacional. El último Convenio está enteramente dedicado a la protección de los civiles en los conflictos armados.

Se trata de los primeros tratados multilaterales que estipulan un verdadero mecanismo para la prevención y la represión de las violaciones de sus

normas. Si bien conviene precisar que, mientras que los otros tres Convenios aprobados el año 1949 en Ginebra se redactaron tomándose como base textos anteriores, en el IV Convenio se presenta un enfoque innovador, en el sentido de que se estipula en él que se protegerá a "todas las personas que no participen directamente en las hostilidades", y "que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas" (arts. 3 y 4). El objetivo principal de este Convenio es la protección de las personas civiles que estén en poder del Estado enemigo, contra la arbitrariedad del mismo. En cambio, no abarca de manera exhaustiva la protección de la población contra el peligro de las operaciones militares, como los bombardeos. Esta deficiencia se remedió mediante el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

Serán precisamente, los Protocolos adicionales de 1977, un desarrollo progresivo, significativo y serio, del derecho internacional humanitario³, reforzando la protección de las personas y de la población civil con normas que amplían el espectro de personas protegidas, dispensan una protección especial como la represalia contra la población civil, dispensan una protección especial a los servicios de protección civil y a las acciones de socorro a la población civil. Actualmente, 148 Estados son Parte de Protocolo I, que en mi opinión constituye, en gran medida, el derecho internacional consuetudinario actual. EEUU, no lo ha ratificado, ni otras importantes potencias militares como, por ejemplo, Israel y Turquía.

Afortunadamente, el Protocolo II de 1977 desarrolló el derecho humanitario aplicable en los conflictos internos, retomando garantías fundamentales, garantías de trato para las personas detenidas y garantías judiciales inderogables en el sistema de derechos humanos, cuyo carácter consuetudinario es reconocido y que, por lo tanto, es obligatorio respetar incluso cuando no es aplicable el Protocolo o cuando su aplicabilidad está cuestionada.

Debe tenerse en cuenta que ya en el preámbulo de los Convenios de La Haya relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1899 y 1907) se dice que los casos no regulados por el derecho es-

3. El largo período de gestación de los Protocolos de 1977 arrojó otro progreso que inicialmente no cabía prever: como coincidió con la fase más activa de la descolonización, la Conferencia Diplomática pudo desarrollarse en una configuración bastante diferente a la de 1949. Aunque la mayoría de los Estados recientemente independizados no habían denunciado los Convenios de Ginebra al acceder a su independencia, fue con su participación en la elaboración de los Protocolos adicionales que obtuvieron un verdadero sentimiento de pertenencia a ese derecho. Por lo demás, esta participación dejó huella en los Protocolos, en particular en: la aceptación, bajo ciertas condiciones, de la utilización de técnicas de guerrilla; la condena del *apartheid* en los conflictos; la negativa de conceder a los mercenarios el estatuto de combatiente; y la promoción de las guerras de liberación nacional al nivel de conflicto internacional.

crita no quedan abandonados al arbitrio de los beligerantes, sino que se hallan sometidos a la costumbre internacional, a las leyes de la humanidad y a los imperativos de la conciencia pública (cláusula Martens). Este principio se encuentra reproducido en artículos de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949: 63, 62, 142 y 148, de cada Convenio, respectivamente, y en los Protocolos I y II: art. 1, párr. 2 y Preámbulo, respectivamente. Por tanto, aunque los Convenios de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 son la base del derecho internacional humanitario moderno, no son su única expresión. Así, destaca: en el ámbito de las armas convencionales, el Protocolo I abrió una vía que condujo, en 1980, a la adopción de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, revisada y completada en 1995 y en 1996, y a la adopción, en 1997 en Ottawa, de una Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción. En el ámbito de las armas no convencionales, la adopción, en 1993, de una Convención sobre la prohibición del desarrollo, la fabricación, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, así como los trabajos actuales para completar la Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción refuerzan la prohibición consuetudinaria del empleo de armas de destrucción en masa en cualquier situación de conflicto armado, pese a la incertidumbre que subsiste respecto de las armas nucleares. Además, existe un Convenio de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, que aunque hace parte del derecho internacional humanitario es independiente de éste, fue completada en 1999 por un segundo Protocolo. Otros múltiples progresos han incidido indirectamente en el derecho internacional humanitario. Debe mencionarse en particular la creación de jurisdicciones penales internacionales *ad hoc* para sancionar los crímenes de guerra (en especial, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) por medio

de fallos como el caso Tadic y el caso Blaskic)⁴, así como la adopción de una Convención sobre los derechos del niño, la de Principios rectores relativos al desplazamiento de personas en el interior de su propio país, la de una Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y, por último, la adopción de Directrices para los manuales de instrucción militar sobre la protección del medio ambiente en período de conflicto armado.

Todo ello, pero esencialmente los Convenios y Protocolos adicionales, no sólo son un antecedente directo del Estatuto de Roma, sino que son fuente complementaria y fundamental de éste, es decir, marcan aún hoy en día, algunos elementos esenciales de los crímenes de guerra bajo el Estatuto de Roma.

II. Estudio de los crímenes de guerra en el estatuto de Roma (art. 8)

Los crímenes de guerra pretenden esencialmente el respeto al principio mínimo de humanidad o de trato humano para exigir no sólo el derecho de asistencia a las víctimas, sino también intentando mitigar los efectos de la guerra⁵, limitando para ello la elección de métodos y medios de guerra en función de la protección de las víctimas⁶. Se trata de conductas que no sólo regulan e imponen límites al desarrollo de las hostilidades sino que también lesionan de forma radical la dignidad y la esencia misma del ser humano. Protegen los derechos fundamentales que constituyen patrimonio común de la humanidad. En particular, se trata además de tutelar la vigencia los siguientes principios, que también pueden extraerse del art. 3 común a los cuatro Convenios de 1949 y son: a) el principio de no discriminación, que excluye la posibilidad de hacer distinciones de carácter desfavorable en función del sufrimiento, desamparo o la debilidad natural de ciertas personas o categorías de personas; b) el principio de inviolabilidad, que sienta prohibición absoluta de los atentados contra la vida o la integridad corporal y contra la dignidad de las personas, en especial, los tratos humillantes y degradantes como la violación, la prostitución forzada, la esclavitud y la trata de esclavos; c) el principio de seguridad, que prohíbe actos como la toma de rehenes o las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal que ofrezca las suficientes garantías⁷.

4. Aunque por todos es conocido que estos Tribunales *ad hoc* son una mera aplicación de la justicia de los vencedores y una total impunidad de los crímenes igualmente execrables para los vencedores.

5. REMIRO BROTONS, A., "Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial", en *El derecho penal internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 142 y s.

6. AMATI, E., "La repressione dei crimini di guerra tra diritto internazionale e diritto interno", en *Crimini internazionali tra Diritto e Giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Comisión Verità e Riconciliazione (coord. Illuminati/Stortoni/Vigilio)*, p. 102.

7. En este sentido, *vid.*, PÉREZ GONZÁLEZ, M., "Introducción: el derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto", en *Derecho internacional humanitario*, Tirant monografías, 2002, p. 49.

El principio de trato humano exige también recoger y cuidar a los heridos y enfermos y proteger expresamente al personal sanitario, las unidades y medios de transporte sanitario. También comprende permitir la comunicación de los detenidos, heridos y enfermos con sus familiares y correspondencia entre los mismos, así como la comunicación con organismos de socorro.

Más concretamente, el objeto jurídico que se trata de proteger una vez acaecida la situación de conflicto armado es doble: personal y material. En el ámbito personal: tutelan bienes de fundamental importancia, esencialmente, la vida, la integridad física y la dignidad personal, la libertad sexual, la libertad, el honor, garantías penales y procesales, y en definitiva, incolumidad jurídica de determinadas personas, que gozan de una protección especial. En el ámbito material: el objeto de protección penal son aquellos específicos bienes, que son considerados patrimonio cultural o espiritual de los pueblos (art. 1 de la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954, en relación con el art. 53 del Protocolo I), así como, de otra parte, los que resultan indispensables para la supervivencia de la población civil o pertenecen a las personas protegidas o se hallen sobre los cadáveres; también se incluye aquí la tutela de los efectos personales de las personas protegidas, de los bienes de carácter civil que no objetivo militar, de las cosas ajenas sin necesidad militar y del medio ambiente natural.

1. El contexto

Los crímenes de guerra sólo pueden cometerse si la conducta se relaciona con un conflicto armado, así, los actos no relacionados con el conflicto armado, por ejemplo, un homicidio por razones personales nada tiene que ver con el conflicto (ejemplo, un soldado celoso mata a un empleado civil en las barracas porque este último tenía una relación con su ex esposa) no pueden ser considerados crímenes de guerra⁸. También se excluyen muchas de las peores violaciones del siglo XX, que tuvieron lugar después de los conflictos, como la purga y la liquidación de los kulaks de Stalin, las principales etapas de la campaña de terror impuesta por los khmer rojos y las colectivizaciones forzadas de Mao. Aunque estas atrocidades son crímenes contra la humanidad o genocidios, no son crímenes de guerra.

Inicialmente se requería que el conflicto fuera internacional. El término "conflicto armado internacional" está definido en el art. 2 de los Convenios de Ginebra en los siguientes términos: "(...) el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar". Se enfatiza, por tanto que en el término conflicto armado internacional incluyendo a las ocupaciones militares, sin embargo los Convenios no prevén ningún sistema constringente de represión de las graves violaciones de sus normas aplicables en situación de conflicto armado no internacional (guerra civil o el caso de Palestina). Afortunadamente, el Protocolo II de 1977 desarrolló el derecho humanitario aplicable en los conflictos internos, retomando garantías fundamentales, garantías de trato para las personas detenidas y garantías judiciales inderogables en el sistema de derechos humanos, cuyo carácter consuetudinario es reconocido y que, por lo tanto, es obligatorio respetar incluso cuando no es aplicable el Protocolo o cuando su aplicabilidad está cuestionada. En esta línea, la jurisprudencia del TPIY por medio de fallos como el caso Tadic y el caso Blaskic, enmarcó que las violaciones sólo se podían dar en el contexto específico de un conflicto armado, con plena igualdad de tratamiento entre los conflictos internacionales y los internos, incluyendo también bajo este concepto las ocupaciones militares.

Estas pautas jurisprudenciales de los Tribunales *ad hoc* sirvieron para que la Comisión Preparatoria cuando redactó los Elementos de los Crímenes de Guerra, incluyera dentro de éstos un concepto de conflicto armado internacional "más allá de la cesación de las hostilidades hasta que una conclusión general de la paz sea alcanzada". Sin embargo, el carácter del conflicto (internacional-interno) es tan sumamente importante en el art. 8 ER que es elegido como criterio rector de sistematización en lugar del bien jurídico protegido, ya que de haberse seguido este último le hubiese permitido fusionar tipos coincidentes⁹. Lo que pone de manifiesto que, la codificación de los conflictos

8. DÖRMANN, K., "Crímenes de guerra en los 'Elementos de los crímenes'", en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-roma* (coor. AMBOS), en Tirant lo blanc, 2002, p. 114.

9. Tal y como hace el Código Penal Internacional alemán (VDtGB). Un análisis sobre el mismo, *vid.*, WERLE/JESSBERGER, "La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El Código Penal internacional alemán", en *Revista Penal*, n.º 12, 2003, pp. 126 y ss.

armados internos en el ER presenta un retraso¹⁰ frente al del Derecho Penal Internacional consuetudinario en la materia, que establecía una amplia coincidencia para los casos de represión de los crímenes de guerra internacional e interno. Así, aunque el art. 8, de hecho, extiende la competencia del TPI sobre la materia tanto si se trata de conflictos internacionales como de conflictos internos. Diferencia, respecto a los primero, el art. 8 se refiere a las graves infracciones de la Convención de Ginebra de 1949 (art. 8.2.a) y a otras graves violaciones de la ley y usos aplicados a conflictos armados internacionales (art. 8.2. b). Con relación a los conflictos armados no internacionales el Tribunal ejercita su jurisdicción en los casos previstos en el art. 3 común a las cuatro Convenciones, ya sean violaciones graves contra personas que no participan directamente en las hostilidades (art. 8.2 c), o bien otras graves violaciones de la Ley y usos aplicables a los conflictos armados de naturaleza no internacional (art. 8.2 e). Después de un análisis en contenido de cada uno de los apartados, puede observarse como respecto a los conflictos internacionales el número de conductas tipificadas es mayor, en la medida en que otorga una protección a las víctimas más amplia que cuando se trata de un conflicto armado interno, no regulando tampoco los métodos y medios de conducción de las hostilidades. Por ejemplo¹¹, no se castigan como crímenes de guerra cuando se trata de un conflicto interno los ataques a los bienes civiles o la prohibición de causar hambre como método de combate y de obstaculizar intencionalmente la distribución de la ayuda humanitaria. A mi juicio, esto resulta criticable, puesto que debería haberse aprovechado la oportunidad para una categoría de infracciones graves, aplicable por igual a los conflictos armados internacionales e internos.

A la hora de determinar cuándo nos encontramos ante un conflicto armado interno, para determinar si pueden aplicarse los arts. 8.2. c) y e) será necesario que la lucha armada en el interior de un Estado adquiera tal entidad que deja de ser un asunto de mantenimiento del orden¹². Las conductas enumeradas no constituyen crímenes

de guerra según el Estatuto cuando sean cometidas en situaciones de disturbios o tensiones internas y tampoco afectarán la responsabilidad de un gobierno de reestablecer el orden y el respeto de la Ley y defender su integridad territorial por todos los medios legítimos.

En cualquiera de los supuestos, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia determinó que se requieren, con el fin de diferenciar los crímenes de guerra de un comportamiento delictivo ordinario, dos elementos: existencia de un conflicto armado y relación entre la conducta delictiva y este conflicto. Esta misma interpretación fue retomada literalmente por los Elementos al determinar que: "únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que haya determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de..." y que haya estado relacionada con él". De tal manera que, no es necesario probar que el autor haya hecho una valoración jurídica en cuanto a la existencia de conflicto armado o en cuanto a su carácter internacional o no internacional. Tampoco es necesario que el autor sea consciente de las circunstancias de hecho que hacen el conflicto armado internacional o no internacional. Por todo ello, no es de extrañar que, AMBOS¹³ abogue, cuando analiza el aspecto subjetivo en aras de una mayor sencillez, también por una categoría unitaria del crimen de conflicto armado. Parece ser suficiente con un conocimiento fáctico, es decir, el autor necesita únicamente conocer el nexo entre los delitos y el conflicto armado.

2. Sujetos activos

Los crímenes de guerra también podrán ser sancionados cuando son cometidos tanto por actores estatales como no estatales, es decir, también pueden cometerlos los miembros de grupos armados insurgentes. El ER no exige que el conflicto involucre necesariamente a las fuerzas armadas de un país ni que exista control efectivo de territorio. Es suficiente que exista un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales

10. En este sentido, *vid.*, COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M. T., "El Estatuto de Roma y los Crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales", en *La Criminalización de la Barbarie: la Corte penal internacional*, CGPJ, 1999, pp. 350 y ss.

11. Crítico con el principio de distinción se ha mostrado JORGE URBINA, J., "La protección de las víctimas de los conflictos armados; Naciones Unidas y Derecho internacional Humanitario", Tirant monografías, Cruz Roja, 2000, pp. 282 y s.

12. Un análisis amplio sobre el concepto de conflicto armado interno, *vid.*, MANGAS MARTÍN, A., "La regulación jurídica internacional de los conflictos armados sin carácter internacional", en *Represión de crímenes de guerra* (dir. SILVA SÁNCHEZ), Barcelona, 1992, pp. 131 y ss.

13. AMBOS, K., "Elementos del Crimen así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional", en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post Roma* (coor. AMBOS), en Tirant lo blanc, 2002, p. 54.

mentales y grupos armados organizados o entre tales grupos¹⁴.

3. Sujetos pasivos

Los crímenes de guerra, según los arts. 8 2 a) i, iii, v y viii ER, deben ser cometidos contra personas protegidas por los Convenios de Ginebra. En concreto, los arts. 13, 24, 25, y 26 del Convenio I; arts. 13, 36 y 37 del Convenio II; art. 4 del Convenio III y arts. 4, 13 y 20 del Convenio IV. Hubiera sido deseable que, los EC en lugar de seguir el enfoque del Convenio IV, otorgara el carácter de persona protegida a las víctimas que tienen la misma nacionalidad que sus captores¹⁵.

4. Las conductas

Las conductas constitutivas de los crímenes cometidos en violación de derecho tanto aplicable a los conflictos armados internacionales como a los de carácter no internacional se refieren a las categorías siguientes:

— Trato de personas protegidas por el DIH (homicidio internacional, tortura...).

— Trato de lugares y bienes protegidos por el DIH (destrucción y apropiación de bienes no justificados por la necesidad militar...).

— Ataque a personas protegidas por el DIH.

— Ataque a lugares y bienes protegidos por el DIH.

— Métodos y medios de guerra.

Previamente a interpretar y aplicar el art. 8 del ER, conviene tener en cuenta que los Elementos del Crimen, tal y como aparece en el art. 9, serán usados como un apoyo interpretativo y no atan a los magistrados. Los elementos “serán compatibles con el Estatuto y la compatibilidad debe ser determinada por la Corte”. De manera más general, reflejan la interpretación que la mayoría de los Estados desean dar a ciertas normas de Derecho internacional humanitario.

Art. 8. Crímenes de guerra

1. “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.

El TPI tendrá jurisdicción con respecto a los crímenes de guerra “en particular” cuando se come-

tan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. En otras palabras, el Estatuto prevé un umbral, pero que no es excluyente, dejando al TPI la posibilidad de investigar actos criminales individuales¹⁶. Además señalar que, estos crímenes de guerra se diferencian de los crímenes contra la humanidad, en que estos últimos requieren únicamente que los actos se cometan en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto, ahora bien no debe tratarse necesariamente de un ataque militar.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entienden por “crímenes de guerra”:

a) “Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente”:

Este apartado utiliza una auténtica norma penal en blanco, técnica que es dudosamente compatible con el principio de legalidad penal, al remitir a las infracciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50, 51, 130 y 147) cometidas contra personas y bienes protegidos por dichos tratados.

Las personas protegidas están definidas específicamente en múltiples normas, particularmente en los arts. 13, 24, 25 y 26 del Convenio I; arts. 13, 36 y 37 del Convenio II; art. 4 del Convenio III y arts. 4, 13 y 20 del Convenio IV. El art. 4 del Convenio IV define la persona protegida como “(...) aquella quien (...) se encuentra en poder de una de las partes en conflicto o de la potencia de ocupación de la que ellos nos son nacionales”. El TPIY ha sostenido que en el contexto de los conflictos interétnicos el art. 4 permite una amplia construcción, de tal manera que una persona pueda tener estatus de protegida de acuerdo a esta disposición, a pesar de que sea de la misma nacionalidad que la de sus captores.

Los bienes protegidos generalmente no se encuentran definidos en los Convenios de Ginebra. Por el contrario, los Convenios contienen las descripciones de los bienes que no pueden ser atacados, destruidos o apropiados. Las siguientes disposiciones, en particular de los Convenios de

14. PELLANDINI, C., “Los Crímenes de guerra”, *op.cit.*, p. 123.

15. En este sentido, el TPIY en el caso Tadic.

16. En este sentido, *vid.*, PELLANDINI, C., “Los Crímenes de guerra”, en *Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, p. 123. Por el contrario, requiere la existencia de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, para iniciar las investigaciones por crímenes de guerra, *cfr.*, FENRICK, W. J., “Analysis and interpretation of elements”, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. OTTO TRIFFTERER), p. 181.

Ginebra, deben ser mencionadas: arts. 19, 33-35 del Convenio I, arts. 22, 24, 25 y 27 del Convenio II y arts. 18, 19 21, 22, 33, 53, 57 del Convenio IV.

Los elementos comunes a todos los crímenes establecidos en el art. 8.2 a) son los siguientes¹⁷:

— Que tales personas o las personas y bienes estén protegidos en virtud de uno o más de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

— Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de que establecían esa protección.

— Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionado con él.

— Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Así, el autor debe poseer conocimiento de los hechos, pero no conocimiento jurídico.

i) El homicidio intencional;

En el derecho de los conflictos armados, se reconoce el derecho de los combatientes de disparar a otros combatientes a la vista, sin necesidad de advertirlos. Esto parece contradecir los derechos humanos. Un comienzo de reconciliación entre estas dos normas aparentemente conflictivas puede encontrarse en el hecho de que, en el derecho de los derechos humanos, el derecho a la vida no es absoluto, ya que está sujeto al derecho a emplear la fuerza letal en ejecuciones legales, en defensa propia o en defensa de una amenaza inminente a la vida de otros¹⁸. Tal enfoque, al enfatizar que, en tanto que combatientes individuales, lo que define el criterio que ha de regir es la amenaza inminente a la vida y no la justificación del conflicto¹⁹. En consecuencia, se considera un homicidio intencional, como crimen de guerra, siempre que se dé muerte o se cause muerte no justificada por la necesidad militar, sin exigirse que se realice de una manera determinada o mediante medios o métodos que supongan una mayor gravedad de la conducta, a una persona no combatiente, cuando exista un conflicto internacional o nacional. Las personas

protegidas en los crímenes de homicidio intencional y asesinato incluyen, entre otros, no solamente a los civiles sino también a prisioneros de guerra, los soldados enfermos, heridos que expresen la intención de rendirse, y el personal sanitario o religioso. Así, la ejecución de rehenes o prisioneros pertenece a esta categoría de crímenes.

Se tipifica la conducta de matar "intencionalmente". Sin embargo, dicho requisito no aparece EC. Así que, surgen las siguientes dudas: ¿Ha de entenderse como intencional el dolo eventual? ¿Cómo se compagina esto con los arts. 28 y 30? ¿Cabe o no sancionar la imprudencia? ¿En la conducta de matar no, pero en la del art. 28 sí?²⁰. Estos extremos deberán ser determinados por el TPI. Por ejemplo, en el caso Delalic el TPIY sostuvo: "(...) Mientras los distintos sistemas legales utilizan diferentes formas de clasificación del elemento volitivo involucrado en el crimen de asesinato, está claro que se requiere alguna forma de intención. Sin embargo, esta intención puede inferirse a las circunstancias (...) de si uno enfoca la cuestión desde la perspectiva de la predecibilidad de la muerte como consecuencia de los actos del acusado, o la asunción de un riesgo excesivo, que demostraría la culpa". En principio, de seguir esta teoría se admite la posibilidad del dolo eventual respecto al resultado muerte.

ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

En el derecho de los conflictos armados hay una exigencia explícita según la cual las personas protegidas deberán ser tratadas con humanidad en todas las circunstancias. La tortura está definida en el art. 7.2 (e) como un crimen de lesa humanidad²¹. El hecho de que no se exija, a diferencia de lo dispuesto en la Convención contra la tortura de 1984, que la conducta se realice con una intención determinada, desvirtúa en cierta medida el concepto tradicional de tortura, para convertirlo simplemente en la causación de dolores o sufrimientos físicos o mentales de personas sometidas a custodia²². Con relación a los fines perseguidos por la

17. DÖRMANN, K., "Crímenes de guerra en los Elementos de los crímenes", *op. cit.*, p. 112.

18. Podría argumentarse entonces que, en condiciones de guerra abierta, incluidas las campañas de guerrilla, cabe presumir una continua amenaza de parte de los combatientes de cualquiera de los bandos y, por lo tanto, se justificaría disparar a la vista. Este enfoque tendría la ventaja de poner en duda la legitimidad no sólo de las armas indiscriminadas y de las minas terrestres sino también la de los ataques aéreos o con misiles en contra de fuerzas que no estén participando activamente en las hostilidades o de combatientes ocasionales, cuando no estén en servicio, situaciones que, en la interpretación actual del derecho de los conflictos armados, parecen ser aceptables.

19. HADDEN/HARVEY, "El derecho de los conflictos y crisis internos", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 833, pp. 119 y ss.

20. En este sentido se ha pronunciado el Grupo de política criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Documentos n.º 6, 2002.

21. El art. 7.2.(e) dice: "Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas".

22. GIL GIL, A., "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los elementos de los Crímenes", en *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-roma* (coor. AMBOS), en Tirant lo blanc, 2002, p. 86.

conducta el TPIY recaló que: "(...) no es necesario que la conducta deba ser cometida para un fin prohibido. De tal forma que para que sea cumplido este requisito, el fin prohibido debe ser simplemente parte de la motivación que está tras la conducta y no necesita ser un fin exclusivo o predominante". Por lo demás, dado que la lista de fines prohibidos en los EC no es excluyente, el hecho de que el propósito de "humillación" no haya sido adicionado, tal y como sugiere el TPIY en el caso Furundzija, no va en detrimento de los elementos.

Con respecto a la omisión de que el sujeto activo sea un funcionario público o en cumplimiento de funciones públicas o a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, en el caso Delalic, se flexibiliza el criterio contenido en la convención sosteniendo: "Tradicionalmente un acto de tortura, debe ser cometido por, o a instigación de, o con el consentimiento y la aquiescencia de un funcionario público o una persona que esté en ejercicio de funciones públicas. En el contexto del derecho intencional humanitario, este requisito debe ser interpretado para incluir a personas con capacidad oficial de Estados que no son parte de un conflicto, en orden a que la prohibición mantenga significado en situaciones de conflicto armado interno o conflictos internacionales que involucren entidades no estatales".

Si se comparan los elementos de la tortura y los tratos inhumanos en los EC, el elemento del propósito es solamente una característica distintiva²³. En principio, según los EC, no incluyen los ataques a la dignidad humana al entender que el crimen de "ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes" comprendería dicha conducta. Ahora bien, con relación a los Convenios, ello supone que, se les aplica el principio de jurisdicción permisiva y los Estados sólo están obligados a reprimir tal conducta en su territorio o por sus nacionales. Cosa que, si los graves ataques a la dignidad humana están incluidos en el concepto de tratos inhumanos entonces se aplicará el régimen a las graves infracciones y el mandamiento de la jurisdicción universal.

iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

Los sufrimientos que aquí se prohíben no deben circunscribirse al dolor físico, que no es más que uno de los elementos del sufrimiento, sino a la producción de cualquier padecimiento, ya sea físico o psíquico, siempre que el mismo resulte obje-

tivo tanto en su propia existencia como en su intensidad, requisito este último que resulte de concurrencia inexcusable y que debe alcanzar un grado tal que pueda merecer el calificativo de grande. Nos encontramos ante, un delito que recoge conductas con carácter mixto alternativo, debiendo alcanzar uno de los resultados señalados.

iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

Se trata de acciones u omisiones contra bienes considerados protegidos por los arts. 19, 33-35 del Convenio I, arts. 22, 24, 25, 27 del Convenio II y el art. 18,19, 21, 22, 33, 53, 57 del Convenio IV.

Respecto al sentido de la expresión "no justificada por necesidades militares" es importante indicar que las necesidades militares solamente pueden determinarse respecto aquellos bienes que permiten las leyes y usos de guerra. Esto significa que sobre los hospitales civiles, las necesidades militares no pueden ser invocadas para justificar un ataque.

v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;

La conducta de servir debemos interpretar que engloba cualquier tipo o clase de actuación por la que se obligue a prisioneros de guerra o persona civil a coadyuvar, en cualquier modo que implique contribución o apoyo, no sólo a realizar actos de hostilidad contra las fuerzas armadas o los combatientes propios, sino hacerlos servir en fábricas de armamento, servicios logísticos, etc.

Algunas delegaciones deseaban la indicación de que el Estatuto no se limitara a obligar a una persona protegida a actuar contra su propio país o sus fuerzas, sino también contra otros países o fuerzas. Al final el Comité Preparatorio pensó que este caso particular estaría comprendido por la expresión "o servir en las fuerzas de una potencia enemiga".

vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;

Privar de un juicio justo e imparcial debe entenderse la denegación de las garantías judiciales. Ahora bien, la mayoría de Estados consideran que el crimen también puede ser cometido si se niegan otras garantías que están contempladas explícitamente en los Convenios de Ginebra (por ejemplo, la presunción de inocencia y otras garantías contenidas no solamente en los Protocolos adicionales). Este punto de vista está reflejado en el uso de las palabras "en particular". Debe tenerse en cuen-

23. DÖRMANN, K., "Crímenes de guerra en los Elementos de los crímenes", *op. cit.*, p. 123.

ta, especialmente el art. 75 párrafos 3 y 4 del Protocolo I, donde se establecen las garantías fundamentales que deben cumplirse para que se desarrolle un juicio legítimo e imparcial²⁴.

vii) La deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal;

La experiencia demuestra que los traslados de índole forzosa o las deportaciones de las personas civiles fuera de su territorio han proseguido a pesar de los trágicos precedentes de la II Guerra Mundial y de la prohibición formal contenida en el art. 49.1 del Convenio IV²⁵. Las víctimas de esos acontecimientos han sido generalmente las personas más vulnerables, en particular los niños y los ancianos. Las deportaciones colectivas se han efectuado con fines represivos o para llevar a cabo una eliminación o una depuración racial o étnica. Esas transferencias sólo se justifican para garantizar su propia seguridad o por imperiosas razones militares, que fundamenten una evacuación, total o parcial, de dicho territorio. Y, de todas formas, sólo pueden efectuarse en el interior del territorio ocupado —salvo en caso de imposibilidad material— y temporalmente (art. 49. 2 del Convenio IV)²⁶. Sin juzgar de antemano las causas que han motivado esas transferencias, se ha observado, sin embargo, que, a menudo, son definitivas.

Los traslados o deportaciones tienen que hacerse, por lo tanto, contra la voluntad y mediante el

uso de la fuerza, la coacción o la amenaza, que pueden ejercerse incluso de forma indirecta creando un clima de violencia o intimidación que infunda temor a esas personas, o mediante la opresión psicológica o el abuso de poder. Se prohíbe toda transferencia forzosa, incluso dentro del territorio ocupado, así como las deportaciones de personas protegidas desde el territorio ocupado.

La detención ilegal consiste en la encarcelación o el sometimiento a privación de libertad física, de forma tan grave que constituya una violación de las normas fundamentales de derecho internacional. Comprende aquellos casos en que una persona protegida ha sido legalmente detenida, de acuerdo con los arts. 27, 42 y 78 del Convenio de Ginebra IV, pero cuya detención se vuelve ilegal en un determinado momento. Según, al TPIY en el caso *Delalic*, la detención únicamente puede ser legal si se les garantizan a las personas detenidas ciertos derechos procesales que se encuentran contemplados en el art. 43 del Convenio de Ginebra IV. A ello se une que las medidas de detención únicamente deben ser tomadas si son absolutamente necesarias por razones de seguridad.

viii) La toma de rehenes;

En la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979, la toma de rehenes la realiza “cualquier persona que se apodere o detenga a

24. El art. 75.3 del Protocolo I dice: “Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento.

4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes: a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual; c) nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infractor se beneficiará de esa disposición; d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable; g) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; h) nadie podrá ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y con el mismo procedimiento judicial, por un delito respecto al cual se haya dictado ya una sentencia firme, condenatoria o absolutoria; i) toda persona juzgada por una infracción tendrá derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente; y j) toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos”.

25. El art. 49.1 Convenio IV establece que: “Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupada al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo”.

26. El art. 49. 2 Convenio IV determina: “Sin embargo, la Potencia ocupante podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares. Las evacuaciones no podrán implicar el desplazamiento de personas protegidas más que en el interior del territorio ocupada, excepto en casos de imposibilidad material. La población así evacuada será devuelta a sus hogares tan pronto como hayan cesado las hostilidades en ese sector”.

otra persona y la amenace de muerte o de causarle daños para obligar a un tercero, es decir, un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a actuar o a abstenerse de actuar como condición expresa o tácita de la puesta en libertad del rehén". Según los EC, será necesario que "Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas".

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

Se trata de otras 26 violaciones de las leyes y costumbres aplicables en situación de conflicto armado internacional. Estas disposiciones provienen de varias fuentes, en particular de las regulaciones de La Haya de 1907, los Convenios de Ginebra de 1948 y los Protocolos Adicionales de 1977 y varias normas que prohíben el uso de armas específicas. Existen dos elementos comunes que deben concurrir junto al elemento objeto:

— Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

— Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Estos elementos describen el contexto y el elemento intencional.

En términos generales, los crímenes de guerra relacionados con conducciones de hostilidades (arts. 8.2. b, i, ii, iii, xxiv, xv) se trata de ataques deliberados contra personas u objetos protegidos. Se cuestionaban si además de causar la muerte o lesiones que atenten gravemente contra la integridad física y la salud era necesario que el ataque causara la destrucción masiva. Es decir, si un arma fallaba la conducta configuraría como tentativa. El ER apoya este enfoque, pues en el art. 8.2 b vii, el requerimiento de resultado se hace de forma explícita: "Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves".

Otro punto altamente discutido fue cómo interpretar la expresión "dirigir intencionalmente ataques contra" personas u objetos definidos en determinados crímenes. Se debatía si el término "intencionalmente" era solamente relativo a la

conducción del ataque o al objeto del ataque, optando por esta última interpretación. Por ejemplo, en el caso de ataque a civiles los elementos son:

— Que el autor haya lanzado un ataque.

— Que el objeto del ataque hayan sido bienes de carácter civil, es decir, bienes que no fuesen objetivos militares.

— Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales bienes de carácter civil.

Así se requiere que el autor intente dirigir un ataque y que intente convertir a los civiles en objeto del ataque.

Ahora bien, con respecto a los crímenes que involucran ataques ilegales. En el Caso *Blaskic* la Fiscalía sostuvo que "(...) si sostenemos que el *mens rea* que caracteriza todas las violaciones del art. 3 del Estatuto (...) es la intencionalidad de los actos u omisiones, un concepto que está contenido, tanto en la intención de cometer un delito, como en una imprudencia comparable a la grave negligencia criminal, y más específicamente para la acusación por ataques ilegales se requiere:

b) que el estatuto de la población o de los individuos sea conocido, o debiera haber sido conocido;

c) que el ataque fuera ilegalmente dirigido a la población civil o a individuos civiles (...)"

Interpretó, por tanto, incluir tanto el dolo como la imprudencia. En virtud de estas fuentes, se considera que el elemento subjetivo puede ser inferido del hecho de no haber tomado las precauciones necesarias antes y durante el ataque.

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;

Estos hechos constituyen una violación de la "Regla fundamental" del art. 48 del Protocolo I de 1977: hacer siempre la distinción entre población civil y combatientes y entre los bienes de carácter civil y los objetivos militares y dirigir las operaciones solamente contra objetivos militares. El art. 51.2 inc.1 del Protocolo I establece que: "No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles". Por personas civiles, el art. 50.1 del Protocolo I, se incluye a cualquiera que no pertenezca a las fuerzas armadas. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. El término ataque, según el art. 49. 1 del Protocolo I, significa actos de violencia contra los adversarios, sean ofensivos o defensivos.

En determinadas circunstancias, puede ser obvio el ataque contra civiles, cuando se emplea determinado tipo de armas que no son precisas. En otras, aunque no sea tan evidente el ataque contra la población civil, no se puede admitir que son

errores los ataques a la población civil congregada en mercados o en sus viviendas, en medio rural o urbano. Tampoco son errores los asesinatos de civiles cometidos en las carreteras con el falso pretexto de que no obedecieron a la orden de detenerse. Son ataques deliberados cometidos en aplicación de la doctrina militar que los incluye con el fin de paralizar por el terror a la población o inducirla a rebelarse contra las autoridades de su país, como un medio de poner fin a los sufrimientos que le provoca la guerra.

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;

Según el art. 52.2 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra, “los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”. De tal manera que, sólo están justificados los ataques a bienes que tengan un interés o valor militar de los mismos.

Los ataques a los medios de difusión (emisoras de televisión, etc.) constituyen crímenes de guerra. Una emisora de televisión es un bien civil, y por tanto está protegida en virtud del derecho internacional humanitario²⁷. Los ejemplos no faltan: durante la invasión a Panamá en 1989, una de las primeras operaciones de la aviación estadounidense consistió en destruir con un misil la estación de TV panameña. Durante la guerra contra Yugoslavia en 1999 bombardearon la TV de Belgrado, causando 14 muertos y en 2001 bombardearon la sede de la TV Al Yazira en Kabul. Por último, el caso objeto de nuestro estudio, el 8 de abril en Bagdad las tropas estadounidenses lanzan un ataque contra el Hotel Palestina, donde se alojan la mayoría de los periodistas, murieron dos y varios resultaron heridos. La misma mañana bombardearon la sede en Bagdad de la TV de Qatar Al Yazira: un periodista muerto. Éstas son violaciones intencionales al art. 79 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra (Medidas de protección de los periodistas).

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehícu-

los participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

También, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobó 26 de agosto de 2003 por unanimidad la resolución 1502 que eleva a “crímenes de guerra” los ataques a su personal y a trabajadores humanitarios. Con ello, se pretende proteger a quienes realizan tareas humanitarias en zonas de conflicto, como el Irak actual. La resolución se votó sólo una semana después del atentado contra la sede de la ONU en Bagdad, que costó la vida a 23 personas. La resolución condena energicamente cualquier tipo de violencia contra estas personas: asesinato, violación, acoso sexual, intimidación, robo armado, secuestro y arresto ilegal y detención, entre otras. Al mismo tiempo, insta a los países miembros a promulgar legislaciones que aseguren que tales actos de violencia se consideren ofensas penales y sus responsables sean llevados a la justicia.

La expresión de “mantenimiento de la paz” se refiere a operaciones autorizadas u organizadas por la ONU en las que se emplea temporalmente personal militar en situaciones típicamente de tensión pero no existe una lucha generalizada en el lugar, porque han cesado las hostilidades, o existe un acuerdo, o bien para prevenir que no se rompa el alto al fuego. La asistencia humanitaria incluye la asistencia de organizaciones no gubernamentales y organizaciones intergubernamentales, como la desarrollada por agencias especializadas o programas de las Naciones Unidas²⁸.

iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;

El art. 54, inc. 2 del Protocolo I, establece la prohibición de poner fuera de uso bienes indispensables a la supervivencia de la población civil. Por ejemplo, el ataque realizado deliberadamente a la infraestructura civil y particularmente a centrales eléctricas y a las fuentes y conductos de agua.

27. Para justificar este ataque, las fuerzas de la coalición tendrían que demostrar que se estaba utilizando la emisora de televisión con fines militares y que el ataque compensó debidamente la ventaja militar prevista, concreta y directa, con el riesgo que conllevaba para la vida de los civiles.

28. Vid., más ampliamente, COTTIER, M., “*Attacks on humanitarian assistance or peacekeeping missions*”, en *Comentary on the Rome Statute of the international Criminal Court* (ed. OTTO TRIFFTERER), pp. 189 y ss.

Si el daño a la población o bienes civiles es proporcional a la ventaja militar prevista, el ataque será un acto de guerra lícito. Si el daño es excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, el ataque está prohibido, sea o no indiscriminado²⁹. Según los EC por “ventaja militar concreta y directa de conjunto” se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente. Tal ventaja puede, temporal o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque”. Esto significa que están excluidas las ventajas difícilmente perceptibles. Las ventajas que no se materializan inmediatamente al menos deben ser previsibles y relativamente próximas. Por tanto, quedan excluidas las ventajas militares que se produzcan en el último momento y en lugar diferente³⁰. Recordar que, la destrucción de las instalaciones de agua potable en Bassora y del suministro de electricidad y de agua potable en Bagdad como los acontecidos en Basora (Irak), son crímenes de guerra, sino se demuestra que existía una ventaja militar concreta en dichos ataques.

Además los EC, matizan “el hecho de que en el contexto de este crimen se admita la posibilidad de lesiones o daños incidentales legales no justifica en modo alguno una violación del derecho aplicable en los conflictos armados. No se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *jus ad bellum*. La norma recoge el requisito de proporcionalidad inherente a la determinación de la legalidad de una actividad militar en el contexto de un conflicto armado”. Para cumplir con las condiciones, el ataque debe ser dirigido contra objetivos militares con medios que no sean desproporcionados con relación al objetivo, pero convenientes para destruir solamente ese objetivo, y los efectos de los ataques de que estas condiciones se cumplan, las pérdidas incidentales de civiles y daños no deben ser excesivos.

Los ataques excesivos suceden cuando se incumple el deber de observancia o respeto del principio de proporcionalidad que, según el art. 57 del Protocolo I, se produce cuando al preparar un ataque no se adoptan las medidas necesarias para evitar producir un número elevado de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, debiendo abstenerse de decidir el ataque cuando se prevea que

causará muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa.

Ejemplo, en la Guerra del Golfo en 1991, se produjeron ataques dirigidos contra objetivos civiles, como el refugio de Al Amiriya, donde perdieron la vida 408 personas, niños en su mayor parte.

La exigencia que el autor haya sabido que el ataque causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea. Este elemento de conocimiento exige que el autor haga el juicio de valor indicado en ella. La evaluación del juicio de valor debe fundarse en la información necesaria que hubiese tenido el autor en el momento del acto. No obstante, ello no puede beneficiar la imprudencia del autor que conocía perfectamente bien la ventaja militar previsible y esperaba el daño, pero no se prestaba a la evolución del exceso. Se argumentó que con el rechazo a la evolución de la ventaja y el daño se cumplía con el requisito de juicio de valor. Si el TPI encuentra que el daño era excesivo, el autor sería culpable. También el TPI está facultado para afirmar el elemento de la intencionalidad basada sobre la ausencia de credibilidad.

v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

Su antecedente es el art. 51 del Protocolo I, en su inciso 5 determina que son ataques indiscriminados los que “no están dirigidos contra un objetivo militar concreto” o de que “emplean métodos o medios de combate que no puedan dirigirse contra un objetivo militar concreto” o que “emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar”. Existen numerosas resoluciones del Consejo de seguridad 540 (1983), 582 (1986) y 598 (1987) para condenar los bombardeos sistemáticos e indiscriminados como violaciones del Derecho Internacional Humanitario. A este respecto, la magnitud de los medios aéreos empleados en el conflicto del Golfo, en la República Federal de Yugoslavia; Afganistán e Irak plantean interrogantes de lo que pueden considerarse como

29. Tipos de ataque indiscriminado: 1. Un ataque que no esté dirigido contra objetivos militares. 2. La utilización de armas que no pueden ser dirigidas a un objetivo con precisión. 3. La utilización de armas que tengan efectos incontrolables. 4. Un ataque en el que se considera un área que contenga concentraciones similares de objetivos civiles y militares como un objetivo militar único. 5. Un ataque del que se puede esperar daños a civiles o bienes de carácter civil que excedan la ventaja militar específica y directa prevista. En este sentido *vid.*, GUTMAN/KUTTAB, “Ataque indiscriminado” en *Crímenes de Guerra. Lo que debemos saber* (dir. GUTMAN/RIEFF), Debates, 2003, p. 90.

30. DÖRMANN, K., “Crímenes de guerra en los ‘Elementos de los crímenes’”, *op. cit.*, p. 140.

ataques indiscriminados, y en consecuencia como crímenes de guerra³¹.

vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

Mientras el art. 55.3.e) del Protocolo I, considera una infracción grave “hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate”, el art. 41 regula la protección del enemigo fuera de combate.

vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

Se castiga el uso indebido, es decir, no acomodado a las prescripciones convencionales, de los signos, emblemas o señales (art. 85.3 f) Protocolo I).

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

En torno a este crimen surgen, DORMÁN³², muestra las siguientes dudas:

—“¿está este crimen limitado a traslados forzados, aunque el estatuto emplee la fórmula trasladar directa o indirectamente?”

—¿se limita este crimen al traslado de población en una escala masiva?

—¿se debe empeorar la situación económica de la población a causa del traslado, o se debe poner en riesgo su identidad a causa de la separación de sus congéneres?”.

El traslado forzoso significa desplazar a una persona contra su voluntad dentro de las fronteras nacionales³³.

La deportación significa desplazar a una persona contra su voluntad más allá de las fronteras nacionales.

ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monu-

mentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

El art. 18 del Convenio IV establece que en ningún caso pueden ser atacados hospitales civiles, salvo que éstos se utilicen, según lo previsto en el art. 19, para actos perjudiciales para el enemigo.

x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

En este apartado se alude a la prohibición de realizar experimentos médicos o científicos, pero como ha señala el Grupo de Política Criminal, al especificar “salvo que se lleven a cabo en interés de la persona”, surgen los interrogantes de: ¿quién delimita esto? ¿Aun contra la voluntad del titular?³⁴.

xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

Herir o matar a traición debe ser interpretado de forma alevosa, pero entonces debemos entender que sólo se sanciona matar a traición. Esta interpretación parece muy restrictiva. Por otra parte, cuando se refiere a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo, parece que hubiera sido suficiente con la nación enemiga, porque quien pertenece al ejército no deje de pertenecer a la nación³⁵.

xii) Declarar que no se dará cuartel;

El art. 40 del I Protocolo prohíbe “la guerra sin cuartel”, no obstante el ER castiga la simple declaración, no se exige por tanto, que se constate efectivamente no se dio cuartel, se trataría simplemente de una conducta posterior a la consumación del delito. Como ejemplo, recordar en la Guerra del Golfo de 1991 cómo las columnas de soldados iraquíes fueron masacradas en fuga, impidiendo que pudieran rendirse.

xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

31. YVES SANDOZ, “El medio siglo de los Convenios de Ginebra”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N.º 834, pp. 241 y ss.

32. DÖRMANN, K., “Crímenes de guerra en los Elementos de los crímenes”, *op. cit.*, p. 149.

33. Un claro ejemplo es que en julio de 2002, las autoridades israelíes anunciaron su intención de trasladar a la fuerza de Cisjordania a la Franja de Gaza a los familiares de personas de las que se supiera o se sospechara que habían organizado atentados contra israelíes o habían participado en ellos. El 1 de agosto, el comandante de la Fuerza de Defensa Israelí en Cisjordania firmó una enmienda a la Orden Militar 378 (de 1970, relativa a las disposiciones de seguridad) que permite el traslado forzoso de palestinos de Cisjordania a la Franja de Gaza.

34. Documentos preparatorios del Grupo de política criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, *passim*.

35. *Ibidem*.

Se castiga destruir o apoderarse, sin necesidad militar, de cosas que no pertenezcan al sujeto activo del delito. Siempre debe concurrir el elemento negativo del injusto de la falta de necesidad militar. Pero, sería simplificar en extremo decir que la necesidad militar deja las manos libres para llevar a cabo acciones que en otras circunstancias serían inadmisibles. El libre ejercicio de la necesidad militar tiene tres limitaciones: primero, cualquier ataque tiene que tener como objetivo la derrota militar del enemigo, es decir, una utilidad castrense; segundo, incluso un ataque con el objetivo de debilitar militarmente al enemigo no puede causar daño en exceso a civiles ni a bienes de carácter en relación con la ventaja militar específica y directa prevista; tercero, la necesidad militar no puede justificar la violación de otras normas de DIH.

xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;

El término acción debe ser entendido como ejercicio de derecho de acción, o lo que es lo mismo, como derecho de acceso a los tribunales.

xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;

Únicamente está prohibido presionar o compelir al enemigo a participar en operaciones bélicas contra su propio país, mientras que el trabajo o la participación voluntaria está permitida.

xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

Se prohíbe cualquier acto de pillaje o saqueo sistemático en las circunstancias y lugares señalados.

xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

Se trata de limitar las armas en busca de una lucha limpia. Esta aspiración se sustenta en el ancestral tabú que recae sobre el empleo, en la guerra, de "la peste y el veneno" y que se ha transmitido por generaciones en diversas culturas. Se codificó más recientemente en el Protocolo de Ginebra de 1925 y

luego en la Convención sobre Armas Biológicas de 1972 y en la Convención sobre Armas Químicas de 1993. La mayoría de los Estados son parte en estos tres tratados. Las prohibiciones en ellos contenidas no sólo cubren el empleo, sino también el desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas biológicas y químicas. En el anexo II figuran un resumen de los tratados y una lista de Estados Partes. Un ejemplo claro de este crimen de guerra es cuando en la Guerra del Golfo, en 1991, se descargaron unas 320 toneladas de municiones que contenían DU (uranio empobrecido)³⁶.

xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;

Cabe destacar que en situaciones de conflicto armado esta prohibición absoluta se aplica a todos los agentes biológicos y químicos, se califiquen éstos de "letales" o "no letales". Por ejemplo, incluso el empleo de agentes antidisturbios autorizados para la represión interna de disturbios está prohibido en situaciones de conflicto armado. La adopción de 1993 de un Protocolo sobre la prohibición de gas, confirma la prohibición de los agentes de control de disturbios usados como un método de hacer guerra.

xix) 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;

Se corresponde con la Declaración 3 de Hagen de 1899 relativa a la prohibición del uso de balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.

xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente.

En el ámbito de las armas convencionales, el Protocolo I abría una vía que condujo, en 1980, a

36. La munición que contiene DU impacta el blanco a gran temperatura, generando un aerosol de óxido de uranio que permanece en suspensión y que los vientos derivan a decenas de kilómetros. Al respirarlo se instala en los pulmones, de donde pasa a la sangre y tiende a alojarse en los riñones. Exhibe una doble toxicidad: una, química, por su condición de metal pesado como el plomo, y la segunda radiológica, en tanto material radioactivo. El profesor Selma Al-Tah, pediatra de Bagdad, dice haber establecido una correlación entre el DU y malformaciones de nacimiento y leucemias recientes. La Organización Mundial de la Salud investiga desde 1998 la situación. En Londres la doctora iraquí Mona Kammas mostró fotos de criaturas nacidas sin pies o con cabezas y otras partes del cuerpo deformes. Son los efectos del DU, declaró en una conferencia. Dijo que Irak padeció "el primer empleo en la historia humana de armas radiológicas". La profesional agregó que en la región de Basora, en el sur del país y una vez más en el centro de los combates, se han duplicado los casos de cáncer a la tiroides, y los niveles de radioactividad se han decuplicado. El Departamento para Asuntos de Veteranos realizó un estudio en Mississippi entre 251 familias de veteranos. Después de la guerra un 68 por ciento de ellos engendraron niños con serias malformaciones. También se detectó el aumento de pacientes de cáncer entre los veteranos. Desde entonces se especula sobre las causas de lo que se ha llamado el "síndrome del Golfo".

la adopción de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, revisada y completada en 1995 y en 1996, y a la adopción, en 1997 en Ottawa, de una Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción³⁷.

El empleo de bombas de oxígeno, incendiaria y de racimo destinadas a destruir objetivos “blandos” (es decir, provocar la muerte de manera indiscriminada de la mayor cantidad posible de personas), de proyectiles con uranio empobrecido (que provocan daños extendidos y duraderos) violan las disposiciones del art. 35, inc. 2 del Protocolo I: prohibición de emplear proyectiles, materias o métodos de guerra que produzcan males superfluos, del art. 36: armas nuevas que están o podrían estar prohibidas por el Protocolo u otra norma de derecho internacional (las pequeñas bombas que están en el interior de las bombas de racimo que quedan en el suelo sin explotar actúan como minas antipersonales, prohibidas por la Convención de Ottawa de 1997, vigente desde el 1 de marzo de 1999). También violan el acta final de la ONU de 10 de octubre de 1980 y numerosas resoluciones de la Asamblea General de la ONU. En los ataques de la guerra del golfo, Afganistán e Irak el año pasado, se han utilizado bombas de fragmentación o “cluster bombs”, cuyo efecto es particularmente mortífero sobre concentraciones de personas³⁸.

Con relación a todas estas armas ilícitas se establece en este apartado que también es crimen de guerra cuando las mismas sean objeto de una prohibición total y se hallen incluidas en el Anexo al Estatuto, que se aprobará en la futura Conferencia de Revisión, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 121 y 123 del ER, una vez transcurridos los siete años de su entrada en vigor.

Y surge la gran pregunta: ¿qué sucede con las armas nucleares? Durante la Conferencia Diplomática de 1974-1977, algunos Estados manifestaron su deseo de que se reintrodujera la cues-

tion. La Comisión *ad hoc* que se creó para examinar la prohibición o la restricción de ciertas armas resumió bien el dilema en su informe final: “Las armas nucleares y otras armas de destrucción en masa son, claro está, las más destructoras”, pero “las armas nucleares en particular desempeñan una función especial en cuanto actúan como elementos de disuasión al impedir que estalle un conflicto armado importante”. La Conferencia no fue más allá y dejó entonces en la ambigüedad el alcance de los Protocolos en lo referente a las armas nucleares.

En la actualidad, no existe en el derecho internacional —consuetudinario o convencional— ninguna prohibición total y universal del empleo de armas nucleares³⁹. Desde su aparición, las armas nucleares han pesado en el desarrollo del derecho internacional humanitario y marcan de manera simbólica los límites de este derecho. La reglamentación de las demás armas de destrucción masiva —las armas biológicas y químicas— se ha impuesto en vista de que casi todos los Estados están en capacidad de fabricarlas.

Las armas nucleares se caracterizan en particular por su poder destructivo, los indecibles sufrimientos que causa su empleo, el hecho de que resulta sumamente difícil aportar ayuda a las víctimas, el hecho de que sea imposible controlar sus efectos en el espacio y el tiempo, el riesgo de escalada y proliferación que supone necesariamente todo empleo de armas nucleares, así como los peligros que tales armas entrañan para el medio ambiente, las generaciones futuras y la supervivencia de la humanidad. Los principios y las normas del derecho internacional humanitario y, en particular los principios de distinción y de proporcionalidad y la prohibición de causar males superfluos o sufrimientos innecesarios, son aplicables al empleo de armas nucleares.

No es de extrañar sea difícil para el CICR concebir cómo el empleo de armas nucleares podría ser compatible con los principios y las normas del derecho internacional humanitario⁴⁰. Ahora bien, para que la prohibición de un arma sea eficaz, debe tener un carácter absoluto e incluir, explícita o

37. Ratificado por España el 19 de enero de 1999.

38. El representante de la Cruz Roja en Irak ha podido verificar dichos efectos al ver los cadáveres destrozados por la metralla. También se utilizan bombas de alta penetración, con puntas de una aleación de acero con uranio empobrecido.

39. No obstante, el 8 de julio de 1996, la Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de las Naciones Unidas, emitió una Opinión consultiva sobre la *licitud de la amenaza a del empleo de armas nucleares*. Los 14 jueces de la Corte examinaron el derecho convencional vigente, las normas consuetudinarias y la práctica de los Estados con respecto a las armas nucleares y, fundándose en su análisis, concluyeron unánimemente que los principios y las normas del derecho internacional humanitario son aplicables al empleo de armas nucleares. Añadieron que el empleo de armas nucleares sería, por lo general, incompatible con los principios y las normas del derecho internacional humanitario.

40. *Vid.*, en este sentido, YVES SANDOZ, “El medio siglo de los Convenios de Ginebra *op. cit.*, pp. 241 y ss.

implícitamente, una prohibición de fabricarla y de exportarla. Prohibir únicamente algunos empleos de un arma es tolerar su fabricación, y los medios de control de que se disponen son demasiado débiles para que, posteriormente, pueda impedirse que ésta se utilice de manera ilícita.

A pesar de encontrarnos en un ámbito en el que la lógica del derecho humanitario tropieza con obstáculos económicos y de seguridad que la sobrepasan. Se trata, de instar a los Estados a que tomen más en serio su obligación emanada los arts. 35, 51, 52, 55 y 56 del Protocolo I que prohíben del uso del arma nuclear como arma que causa males superfluos y con efectos altamente discriminados. Aunque, también podría considerarse ilícita su utilización conforme a las reglas de protección de la población civil y bienes de carácter civil, según los arts. 48, 51 y 57 del Protocolo I.

xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

Se prohíbe cualquier tipo de atentado contra la dignidad de las personas (art. 3.1 común a las Convenciones de Ginebra).

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

La resolución 1325 del Consejo de Seguridad (31 de octubre de 2000) expresa la preocupación por el hecho de que las mujeres y los niños sean la inmensa mayoría de los perjudicados por los conflictos armados, al tiempo que subraya la responsabilidad estatal de poner fin a la inmunidad y enjuiciar a los culpables de la violencia sexual contra las mujeres y niñas, destacando la necesidad de excluir estos crímenes de las disposiciones de amnistía. Precisamente, se introduce en este apartado la incriminación de la criminalidad de la guerra de género, a través de la previsión de hasta seis figuras delictivas. Sin duda, la violencia sexual es una de las más graves infracciones que se producen durante la guerra. Como recuerda BASSIOUNI, la violencia sexual ha sido utilizada a lo largo de la historia como instrumento bélico en numerosos conflictos internacionales e internos con el fin de desmoralizar al enemigo, causar terror o la humillación en la población como medio de intimidación general para conseguir su huida, conseguir la expulsión o repudio de las mujeres dentro de su propio grupo o su incapacitación física o

mental para procrear, socavando las estructuras familiares y sociales en detrimento de la propia existencia futura del grupo, etc⁴¹. Bangladesh, Berlín, Nanking, Vietnam, Mozambique, Afganistán, Somalia, Chechenia, Sierra Leona, Kosovo o, en general, la antigua Yugoslavia, son lugares donde las mujeres han sido blanco sistemático de violencias sexuales particularmente salvajes, de las que muchas veces no han sobrevivido.

Las víctimas de agresión sexual padecen las secuelas a largo plazo, en particular, graves traumas, enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados, así como el rechazo por parte del marido, la familia y la comunidad en su conjunto.

Es difícil disponer de cifras, en la guerra, como en la paz, el estigma asociado a la violación y la culpabilización de la víctima llevan a que no se denuncie la gran mayoría de casos.

La atención comprensiva y el asesoramiento a las víctimas son fundamentales para que las mujeres recuperen su autoestima y dignidad, así como para facilitar su reintegración en la sociedad y en la vida familiar. A menos que haya un mayor reconocimiento del azote de la violencia sexual, así como una condena pública y una aplicación más estricta de las leyes existentes, tanto a nivel nacional como internacional, los autores de estos delitos pueden permanecer tranquilos a sabiendas de que no serán castigados.

La conducta de violación consiste, según EC, en la invasión mediante coacción, amenaza, o sin el consentimiento genuino de la víctima, del cuerpo de una persona, mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto y otra parte del cuerpo.

Los EC también definen los siguientes términos:

Por esclavitud sexual se entiende obligar a una o varias personas sobre las que se ha ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad, a realizar actos de naturaleza sexual.

La prostitución forzada existe cuando se obliga a una o más personas mediante fuerza, amenaza, coacción o sin su consentimiento genuino, a realizar uno o más actos de naturaleza sexual, habiendo obtenido o con la intención de obtener el sujeto activo ventajas pecuniarias o de otro tipo.

Los embarazos forzados pueden constatarse cuando se confirma que una o más mujeres que han quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de

41. GIL GIL, A., "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los elementos de los Crímenes", *op. cit.*, p. 87.

la población o de cometer otra infracción grave del Derecho Internacional. El hecho que se exija el confinamiento de la embarazada para asegurar la prosecución del embarazo, ha sido criticado con razón por GIL GIL, ya que en numerosos casos no es necesario al prohibir las propias normas religiosas o sociales del grupo de aborto. Debería recogerse los casos en que el autor se asegura la prosecución del embarazo por cualquier medio⁴².

La esterilización forzada consiste en privar a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica sin justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas y sin su consentimiento genuino. Se excluyen de esta modalidad las medidas de control de natalidad, que no tengan un efecto permanente en la práctica.

Otros abusos sexuales de gravedad comparable pueden ser otras conductas de naturaleza sexual ejercidas de forma coercitiva, que impliquen o no contacto físico, siempre que sean de gravedad similar a las citadas anteriormente.

Elementos comunes a los delitos de naturaleza sexual:

— Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que ésa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra ésa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de ésa o esas personas de dar su libre consentimiento.

— Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;

Se tipifica como delito utilizar “escudos humanos”, es decir, servirse de personas civiles para proteger objetivos militares.

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los

emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

Con este apartado se pretende abarcar y dar protección a los establecimientos y formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios, sean fijos o móviles, permanentes o temporales, comprendiendo hospitales y depósitos de material sanitario; a cualquier tipo de transporte de heridos, o náufragos, del personal sanitario del equipo y material sanitario protegido; a los vehículos, al personal, unidades y medios de transporte sanitarios permanentes o temporales.

xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

La exigencia de que el autor haya privado a personas civiles de objetos indispensables para su supervivencia, significa no sólo la privación de alimentos y bebidas, sino también, por ejemplo las medicinas. La lista o catálogo de bienes indispensables para la supervivencia de la población civil se recoge en el art. 54.2 del Protocolo I⁴³.

La intención de provocar inanición también incluye la de cualquier cosa necesaria para la vida. No comprende cualquier tipo de privación sino aquéllas realizadas por el autor con la intención de hacer padecer hambre como método de guerra, no siendo necesario que una o más personas fallezcan de inanición.

Durante la guerra de Irak, mientras en el sur había un millón y medio de personas que no tenían acceso a sus fuentes habituales de agua potable⁴⁴. Las fuerzas ocupantes utilizan como arma de guerra la privación de agua y alimentos a la población, impidiendo primero y demorando después el paso de los suministros proporcionados por las organizaciones internacionales. Al mismo tiempo las fuerzas ocupantes se exhiben haciendo la labor “humanitaria”. Esta conducta supone una violación del I Convenio de Ginebra (arts. 10 y otros), del IV Convenio (arts. 23 y 61) y del Protocolo I (arts. 17 y otros).

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

42. *Ibidem*, p. 88.

43. Art. 54.2 del Protocolo I. 2. “Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito”.

44. Según datos de OMS.

En la actualidad, existen más niños armados que nunca. Según las cifras publicadas por *Save the Children Fund*, unos 200.000 niños han sido reclutados como soldados y han participado activamente en guerras. Principalmente, los niños que han perdido a su familia en el caos suelen ser "reclutados" como soldados. Comienzan con diversos servicios para los combatientes y terminan portando armas ellos mismos, cuando no son reclutados por la fuerza⁴⁵.

Un progreso importante en la protección del niño en tiempo de conflicto armado, tiene lugar en los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 no sólo se estipula para los niños una protección mayor contra los efectos de las hostilidades, sino que, también, se reglamenta, por primera vez, su participación en las hostilidades, realidad inquietante de los conflictos modernos. En el art. 77, párrafo 2, del Protocolo adicional I se fija el límite en quince años, instando a los Estados, en caso de reclutamiento de personas entre quince y dieciocho años, a comenzar por los de más edad. En el art. 4, párrafo 3c, del Protocolo II se hace referencia a la edad bajo la cual los niños no tienen derecho a participar en las hostilidades. De conformidad con esta disposición: "los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades". Se trata aquí de una prohibición absoluta, referente a una participación directa o indirecta en las hostilidades, tal como la colecta de informaciones, la transmisión de órdenes, el transporte de municiones y de víveres, o incluso actos de sabotaje. La obligación impuesta a los Estados Partes es, entonces, más estricta que en los conflictos armados internacionales.

Los niños menores de quince años que, a pesar de las exhortaciones contenidas en el art. 77, párrafo 2, del Protocolo I son reclutados o enrolados voluntariamente en las fuerzas armadas tendrán también la condición jurídica de combatientes y se beneficiarán, en caso de captura, del estatuto de prisionero de guerra. Los niños combatientes capturados menores de quince años no podrán, sin embargo, ser condenados por haber tomado las armas. Su participación en las hostilidades no implica falta alguna por su parte, puesto que la prohibición a la que se refiere el art. 77, párrafo 2, del Protocolo I se dirige a las partes en conflicto, y no a los niños. La responsabilidad de tal viola-

ción incumbe a las autoridades de la parte en conflicto que haya reclutado y enrolado a los niños.

La protección debida a los niños, reconocida en el derecho internacional humanitario, fue reafirmada en la Convención sobre los derechos del niño, aprobada por la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En esta Convención, coronación de una larga negociación iniciada por el Gobierno polaco en 1978, se protegen la dignidad, la igualdad y los derechos fundamentales de los niños. Consta de 54 artículos que abarcan el conjunto de los derechos humanos del niño, es decir, sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Asimismo, figura en su art. 38 una disposición relativa a los niños en los conflictos armados que, esencialmente, remite a las normas del derecho internacional humanitario que protegen a los niños en tales situaciones. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos desplegados por numerosos Estados a fin de elevar de quince a dieciocho la edad bajo la cual los niños no deben participar en las hostilidades, en el art. 38 de la Convención sobre los derechos del niño, no se registra progreso alguno, ya que se vuelve a formular el art. 77, párrafo 2, del Protocolo I.

Tampoco en el ER se ha elevado la determinación de la edad mínima de los niños a 18 años en lugar de 15 años. Además, debe interpretarse que no refiere sólo a fuerzas armadas nacionales, sino que se podrá extender a otros grupos militares, paramilitares, etc.⁴⁶.

Por reclutamiento se entiende incorporación a las fuerzas armadas, que comprende no sólo el enrolamiento obligatorio, sino también el enrolamiento voluntario de los niños menores de quince años.

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

Los crímenes definidos en el art. 8.2 c) del ER comprenden las violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 contra personas que no participen directamente en las hostilidades en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional. No obstante, sus violaciones deben ser graves.

45. Esto ha sido ampliamente comprobado en Liberia y Sierra Leona, por ejemplo, donde se da armas a niños de 9 años adoctrinados a los que se incita a cometer actos atroces, a menudo bajo la influencia de las drogas y del alcohol.

46. Documentos preparatorios del Grupo de política criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, *passim*.

El contexto en el que se desarrolla la conducta cambia, ya que tiene lugar un conflicto armado que no es de índole internacional. De esta forma, en los crímenes de guerra, se incluyen expresamente los conflictos internos por el art. 8.c). Otra opción hubiera supuesto desconocer los avances del Derecho Internacional Humanitario. Sí parece claro que cabe incluir conflictos de guerra civil, queda en el aire la cuestión de incluir o excluir situaciones de guerra de guerrillas, tan frecuentes en países sudamericanos o asiáticos. Por no hablar de los supuestos, más complejos, de confrontación Estado-grupos terroristas.

Otros dos elementos comunes son:

— Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

— Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura⁴⁷;

ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

Como hemos señalado antes, se trata de un tribunal que ofrezca todas las garantías de independencia e imparcialidad. En el derecho que rige los conflictos armados, está prohibido el enjuiciamiento y castigo de los combatientes por el mero hecho de haber cometido un acto hostil, y quienes sean capturados deben ser detenidos como prisioneros de guerra. Sin embargo, en virtud del art. 3 común y del Protocolo adicional II, no se descarta el enjuiciamiento y castigo de quienes participen en un conflicto armado interno, a condición de que se respeten ciertas normas mínimas esenciales para la realización de un juicio imparcial con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados⁴⁸.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

Este apartado trata de conflictos armados que no son de índole internacional. Ello plantea un problema de indefinición. Antes hemos señalado que, será necesario que la lucha armada en el interior de un Estado adquiera tal entidad que deja de ser un asunto de mantenimiento del orden⁴⁹, por lo que cabe no sólo incluir conflictos tales como guerras civiles, sino también situaciones de guerrillas armadas como en países sudamericanos o asiáticos⁵⁰. Pero, situaciones de simple terrorismo, entiendo que en la medida que comportan sólo una alteración puntual del orden estatal establecido, deben ser excluidas. Pero entiendo que cuando los actos son continuos y no se trata de simples disturbios o tensiones sino de ataques como parte de un plan o política subversiva o como parte de la comisión en gran escala de atentados, deberán incluirse.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes.

Este apartado recoge una serie de conductas constitutivas de otras 12 graves violaciones de las leyes y costumbres aplicables en conflictos armados de carácter no-internacional. Se incriminan las infracciones del Protocolo II Adicional, sin hacer mención expresa al mismo, además de incluir otras infracciones relativas a la utilización de métodos de combate descritos en los respectivos Reglamentos Anejos a las Convenciones de La Haya, II de 1899 y IV de 1907, sobre las leyes y usos de guerra terrestre, y algunos tipos de nuevo cuño. Los elementos contextual e intencional del apartado c) se repiten. Únicamente, señalar que, el crimen de guerra del art. 82.e), no tiene un paralelo en el art. 8.2.b) para castigar como crimen de guerra ordenar desplazamientos de la población civil. Lamentablemente, tampoco incluye la prohibi-

47. Un ejemplo sería, en el campo de refugiados y en la ciudad de Yenín, ya que más de la mitad de los 54 palestinos que murieron a causa de la incursión llevada a cabo entre el 3 y el 17 de abril no estaban tomando parte, al parecer, en los combates. Entre ellos había siete mujeres, cuatro niños y seis hombres mayores de 55 años. A seis los habían aplastado dentro de algún edificio. En Nablús, la FDI mató al menos a 80 palestinos entre el 29 de marzo y el 22 de abril. Siete de las víctimas eran mujeres, y otras nueve, niños.

48. En este sentido, *vid.*, HADDEN/ COLIN HARVEY, "El derecho de los conflictos y crisis internos", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N.º 833, pp. 119 y ss.

49 MANGAS MARTÍN, A., "La regulación jurídica internacional de los conflictos armados sin carácter internacional", *op. cit.*, pp. 131 y ss.

50 Documentos preparatorios del Grupo de política criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, *passim*.

ción de hacer pasar hambre intencionadamente a las poblaciones civiles mediante el uso de ciertas armas o la destrucción de los recursos naturales, realizada de forma generalizada y grave, causando daños ambientales a largo plazo⁵¹.

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional⁵²;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, defenido en el apartado f) del párrafo 2 del art. 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a

menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

El individuo responsable debe expedir una orden, y no simplemente quien ejecuta el desplazamiento pueda resultar responsable individualmente por la participación del crimen. En consecuencia, el autor debe tener tanto autoridad de iure como de facto para ejecutar la orden, incluyendo a los que tienen control efectivo de una situación simplemente por la fuerza.

Este delito sólo prohíbe los desplazamientos relacionados con el conflicto, no serán ilícitos aquellos que sean necesarios por razones de epidemias o desastres naturales, tales como inundaciones o terremotos.

El desplazamiento de una persona no puede constituir el crimen.

ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;

Se trata de un tipo abierto peligroso, ya que cuando utiliza la cláusula "a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo", no se tienen criterios para determinarlo. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia Israelí ha aceptado la aplicación del artículo 119 de los reglamentos para tiempos de emergencia de 1945 (de la época del mandato británico⁵³). El artículo permite a un jefe militar demoler la vivienda en la que cualquier persona u ocupante no sólo haya guardado

51. Vid., COMELLAS AGUIRREZABÁL, M. T., "El Estatuto de Roma y los Crímenes de guerra en los conflictos armados no internacionales", *op. cit.*, p. 350.

52. Destacar que, tanto en Yenín como en Nablús, la FDI negó a las organizaciones médicas y humanitarias el acceso a las zonas afectadas, incluso habiendo cesado ya los combates. La FDI impidió durante días el paso de los servicios médicos; además, disparó contra ambulancias o hizo disparos de advertencia en torno a ellas, y hubo conductores de ambulancia que sufrieron hostigamiento o fueron detenidos. En Irak, documentales de TV prueban que se está haciendo lo mismo.

53. El art. 119 de los reglamentos para tiempos de emergencia de 1945 estipula que "un jefe militar puede, mediante una orden, hacer que se confisque al gobierno palestino cualquier vivienda, edificio o terreno desde los que se tengan sospechas fundadas de que se han disparado o lanzado ilegalmente un arma de fuego o una bomba, granada, explosivo o artefacto incendiario, así como cualquier vivienda, edificio o terreno situados en cualquier área, ciudad, pueblo, barrio o calle, de cuyos habitantes o algunos de los habitantes dicho jefe militar sepa que han cometido o intentado cometer o inducir la comisión, o que han colaborado tras la comisión de un delito que infrinja estos reglamentos y en el que se haya recurrido a la violencia o la intimidación, o cualquier delito punible ante un tribunal militar. Y, siempre que se confisque una casa, edificio o terreno en las circunstancias descritas, el jefe militar podrá destruir la vivienda, el edificio y todo lo que crezca o se encuentre en dicho terreno".

cualquier arma, arma de fuego o artefacto incendiario, sino que también haya ayudado a otra persona que tuviera un arma, arma de fuego o artefacto incendiario. A los palestinos de los Territorios Ocupados, si no pueden ser protegidos por el TPI, sí los ampara el Convenio IV de Ginebra, incluido el art. 33, que prohíbe los castigos colectivos. La destrucción a gran escala de la propiedad que no esté justificada por la necesidad militar y que se lleve a cabo de manera ilegal y arbitraria constituye una grave violación del Convenio IV de Ginebra⁵⁴.

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

Se alude a la aplicación del Estatuto a conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos, surgiendo de nuevo la cuestión de si tiene cabida aquí el terrorismo.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

En este párrafo parece que se legitima en exceso actuaciones gubernamentales cuando señala que nada de lo dispuesto en el n.º 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo. Se

trata de una causa de justificación, que excluye la responsabilidad. Ahora bien, debemos preguntarnos, como sugiere el Grupo de Política Criminal: ¿legítimo en cuanto con soporte jurídico o legítimo desde otra perspectiva anclada en el respeto a los derechos humanos, etc?⁵⁵. Entiendo que, aunque la respuesta debería ser la segunda, lo cierto es que se autorizan la realización de conductas que afectan y limitan derechos fundamentales. Piénsese en todas las leyes de emergencia que han sido aprobadas por los diferentes Estados en la actual lucha contra el terrorismo.

Con carácter general, puede afirmarse que el art. 8 ER contiene tanto desarrollos como retrocesos del Derecho humanitario existente. Pese a que no todas las violaciones a este cuerpo de Derecho entre las infracciones graves contenidas en los Convenios de Ginebra figuran en la lista del art. 8 ER, sí se incluyeron un gran número de delitos. Es de lamentar, por ejemplo, la exclusión de algunos crímenes de guerra (previstos en el derecho internacional existente) de la lista del art. 8 ER, tales como los retrasos injustificables en la repatriación de prisioneros de guerra y de civiles⁵⁶. Así como, la disposición sobre el empleo de armas particularmente crueles cubre sólo un campo mínimo por falta de consenso, en gran parte porque algunos Estados manifestaron el deseo de incluir las armas nucleares en las listas de armas prohibidas, y por no haber aceptado un cláusula genérica que se refería a los métodos y medios de guerra que causen lesiones excesivas o sufrimientos innecesarios.

III. Impacto del Estatuto de Roma sobre el ordenamiento jurídico interno del Estado español

Tendiendo presente lo previsto en el art. 1 ER, en el que se establece que el TPI, tendrá jurisdicción sobre los más graves crímenes que afecten a la comunidad internacional, será complementaria de las jurisdicciones nacionales. Después de ratificar el Estatuto, los Estados Partes deben adaptar

54. Las unidades de la FDI que entraron en Yenín y en Nablús llevaban tanques o bulldozer y avanzaban con ellos por las calles, destruyendo a veces las fachadas de las casas. En Hawashin y en las zonas de los alrededores del campo de refugiados de Yenín fueron demolidas 169 casas con 374 apartamentos, la mayoría después de haber cesado los combates. Debido a ello, más de 4.000 personas perdieron su hogar. Tanto en Yenín como en Nablús hubo casos de casas demolidas por la FDI estando sus ocupantes todavía dentro. Los soldados avisaban mal o no lo hacían en absoluto antes de demoler las casas, y después no hacían nada para rescatar a las personas atrapadas bajo los escombros, e incluso impedían que otros lo hicieran. Amnistía Internacional documentó tres de estos casos, en los que murieron 10 personas. En las listas hospitalarias de muertos de Yenín, el aplastamiento por escombros figura como causa de la muerte de seis personas más.

55. Documentos preparatorios del Grupo de política criminal, *Una propuesta de justicia penal internacional*, *passim*.

56. En este sentido, *vid.*, PELLANDINI, C., "Los Crímenes de guerra", *op. cit.*, p. 121. La conducta típica, que no se castiga, aparece recogida en el art. 85.4 b) del Protocolo I, es decir, retardar o dilatar la liberación o repatriación. Extremo que sí castiga nuestro CP en el art. 611.

sus legislaciones internas a las exigencias del Estatuto y permitir la cooperación con el TPI de acuerdo con las disposiciones y obligaciones estipuladas en la parte IX del Estatuto de Roma y la asistencia judicial entre Estados. Además deben tipificar los crímenes definidos en el Estatuto de Roma en la legislación penal civil y militar, así como la adaptación de las leyes de procedimiento penal civil y de justicia militar para adaptarla a las previsiones del Estatuto.

Así, en el CP español el Título XXIV, dedicado a los "Delitos contra la Comunidad internacional", se tipifican en el capítulo III, el derecho humanitario bélico, bajo la rúbrica "De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado" (arts. 608 a 614). En dichos preceptos se trata de marcar las reglas mínimas de cumplimiento obligatorio por todas las partes en conflicto bélico, para evitar al máximo los efectos negativos que las guerras tienen siempre para el personal civil o militar enfermo, herido o prisionero, etc., y en todo caso, no beligerante, y para los bienes que integran el patrimonio cultural de los pueblos afectados por el conflicto, el medio ambiente, etc.⁵⁷.

El bien jurídico directamente protegido es, pues, la norma internacional humanitaria misma relativa a los conflictos armados, es decir, los parámetros y estándares de humanidad que no deben rebasarse de las partes en caso de conflicto armado⁵⁸. Todo ello sin perjuicio de que, si se afectan otros bienes jurídicos autónomos como la vida, la salud, la libertad, la dignidad o la propiedad de las "personas protegidas", sean aplicables los delitos que específicamente se refieren a ellos conforme a las reglas generales del concurso. Los tipos delictivos se configuran la mayoría de las veces como delitos de peligro de bienes jurídicos de "personas protegidas", con los que el legislador quiere adelantar la barrera de intervención penal, aunque no lleguen a producirse daños o lesiones a dichas personas⁵⁹. Pero, el hecho de que se trate de conductas contra la humanidad, como principio establecido por la comunidad internacional⁶⁰, nos lleva a decir que el bien jurídico directamente

protegido es el respeto al principio mínimo de humanidad, que pretende exigir no sólo el derecho de asistencia a las víctimas, sino también mitigar los efectos de la guerra.

Todos los delitos recogidos en los arts. 608 a 614 van referidos a un "conflicto armado", entendiéndose por tal tanto la guerra, con independencia de que haya mediado declaración formal de guerra entre Estados soberanos, "como los enfrentamientos entre facciones rivales en una guerra civil y las guerras de guerrillas, ya que el precepto no hace distinciones y el espíritu que mueve a la creación de estos preceptos es la salvaguarda de personas y los bienes protegidos"⁶¹. El conflicto armado incluye, por tanto, los conflictos internacionales e internos. Ello se corresponde con el contenido de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, no resultando contradictorio con la inclusión de este capítulo dentro del título dedicado a los delitos contra la comunidad internacional, pues nos encontramos en este caso más ante delitos contra la humanidad, como principio establecido por la comunidad internacional, que ante delitos que afecten en sentido estricto a las relaciones internacionales⁶². De tal manera que, las personas y los bienes protegidos gozan de la misma tutela penal especial cualquiera que sea la naturaleza del conflicto armado, siempre que se produzca en el territorio del Estado español.

La aplicación de estos preceptos se rige por el principio de territorialidad y no por el de justicia universal, por lo que sólo pueden aplicarse si los hechos se producen en el territorio español, lo que implica que España debe ser parte en el conflicto armado. Si se trata de delitos cometidos por un sujeto español en territorio extranjero, podrá aplicarse el principio de personalidad, si se dan los requisitos previstos en el art. 23.2 LOPJ⁶³. El carácter internacional de los intereses protegidos, sin embargo, aconseja la aplicación extraterritorial de estos delitos, con sumisión al principio de justicia universal, tal y como prevé el art. 23.4 LOPJ respecto al genocidio, aspecto que no ha tenido en cuenta la reforma del CP 15/2003. Por lo tanto, se incumple el art. 49 de la I Convención, el art. 50 II

57. En este sentido, *vid.*, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Decimoquinta edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, 2004, 767 y s.

58. En este sentido también GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., "Delitos contra la comunidad internacional", en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (coor. LAMARCA/ALONSO/ MESTRE/GORDILLO), Colex, 2004, p. 737.

59. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 767.

60. TAMARIT SUMALLA, J. M., "Delitos contra la Comunidad Internacional", en *Comentarios al Código Penal* (dir. Quintero), Aranzadi, p. 2160.

61. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 775.

62. *Ibidem*, p. 2161.

63. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, 767 y s.

Convención, el art. 129 III Convención y el art. 146 de la Cuarta, todas ellas ratificadas por España y donde expresamente se recoge el principio de justicia universal⁶⁴.

Hay que recalcar aquí que, según lo dispuesto en el art. 23.4 g) de LOGPJ en relación con los párrafos segundos de los arts. 49 del Convenio I, 50 del II, 129 del III y 146 del IV y con el art. 85.1 del Protocolo I Adicional, es decir, el principio de justicia universal, resulta aplicable, tan sólo, a los hechos incriminados en el art. 609, en los apartados 1, 3, 4, 5, 6 y 7 del art. 611, en los apartados 1, 2, 4, 5, 6 y 7 del art. 612, y en apartado 1, subapartados a), b), d) y e), del art. 613, todos ellos del CP 1995, y no en todos los subtipos que se cobijan en cada uno de ellos, hechos para cuyo conocimiento resultará competente la jurisprudencia española, con independencia de la nacionalidad del autor y del lugar de comisión, siempre que haya tenido lugar con ocasión de un conflicto armado internacional⁶⁵. Para que los tribunales españoles tuvieran competencia para conocer la totalidad de las conductas incriminadas de los arts. 609 a 614, debería haberlo recogido expresamente en el art. 23.4, como no ha sido así, para el resto de conductas rige el principio de territorialidad.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que el art. 7.2 de la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, impone a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal que se abstengan de todo procedimiento por hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente el TPI, y, en caso de denuncia o querrela, se limiten a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal del TPI. Parece que, en este país se ha optado porque el Estado sea subsidiario del Tribunal, y sobre todo, se ha derogado implícitamente un principio que ha caracterizado la jurisdicción penal española desde 1985: el principio de jurisdicción universal sobre determinados delitos⁶⁶. Por todo ello, inicialmente resulta intrascendente, a tenor de estas disposiciones, que no se haya adoptado el principio de justicia universal, ya que ha quedado implícitamente derogado. Pero, cuando el agresor es un nacional de un Estado que no ha ratificado el ER y el delito se ha cometido en un país que

tampoco ha ratificado el ER, el TPI no es competente, por lo que se podría en virtud del principio de justicia universal juzgar y castigar dichos hechos, impidiendo que los nacionales de ciertos Estados permanezcan impunes y eludan la acción de la justicia. Ejemplo, los crímenes de guerra de torturas cometidos por un estadounidense con motivo de la ocupación del Irak.

Se trata de delitos comunes, que pueden ser cometidos por cualquier persona, civil o militar, aunque habitualmente serán cometidos por personas que ostenten la condición de autoridad. Los sujetos pasivos de estos delitos no lo son la generalidad de las personas sino aquéllas protegidas en caso de conflicto armado (art. 608 CP). No obstante, se trata de un *numerus apertus*, pues prevé extender la protección a todas las personas protegidas que se deriven de cualquiera de los Tratados internacionales en los que España fuera parte.

Los diferentes preceptos del Código penal regulan: en el art. 608 se delimita el ámbito de aplicación de estos delitos, en el art. 609 los ataques a la vida, la salud o la integridad de personas protegidas (concordante con el art. 76 del CPM) y el art. 610 los métodos o medios de combate prohibidos (concordante con el art. 70 CPM, que sorpresivamente recoge una pena menor que el CP común). El art. 611 incrimina los ataques a la población civil, deportaciones y traslados forzosos (concordancias con los arts. 71, 77.5 y 6), el art. 612 los atentados a zonas protegidas (concordante con los arts. 77.2, 3, 4, arts. 76, 77, 78) y el art. 613 los ataques, represalias y actos de hostilidad sobre bienes culturales o lugares de culto, obras o instalaciones (correspondencia con los arts. 77.7 y 78 CPM). Puede observarse que, el criterio ordenador de las conductas no responde al carácter del conflicto, tal y como hace el art. 8 ER, sino al bien jurídico, estableciendo una diferenciación entre la protección de personas y bienes materiales de una parte y la limitación del empleo de ciertos medios y medios de conducción de la guerra, de otra⁶⁷.

La regulación de conductas delictivas es deficiente, prolija y casuística, pero a pesar de la pretensión de regular todas las violaciones de los compromisos adquiridos por España, al legislador no le quedó más remedio que acabar la extensa enumeración de conductas con una declaración general del art. 614, en el que se considera delito

64. El art. 1 del Código Penal Internacional alemán (VDIGB) dispone la extensión del principio de justicia universal a todos los delitos tipificados en el Código penal Internacional.

65. PIGNATELLI Y MECA, F. "La protección penal de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español", en *Derecho internacional humanitario*, Tirant monografías, 2002, pp. 561 y s.

66. *Vid.*, críticamente, PÉREZ CEPEDA, A. I., "La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional", *op. cit.*, pp. 1363 y ss.

67. En este línea, el Código Penal Internacional alemán (VDIGB) parágrafos del 8 al 12.

también “cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte”. Mediante esta cláusula residual se pretende no dejar impune cualquier tipo de violación exenta de tipificación expresa. Precisamente, son las remisiones expresas o tácitas a la normativa internacional⁶⁸, lo que confiere a las normas penales una naturaleza incompleta. Además deben tenerse en cuenta el Título II de los “Delitos contra las leyes y usos de la guerra” (arts. 69 a 78) del CP Militar⁶⁹, referido exclusivamente a aquellos casos en que los sujetos activos tienen la condición de militar⁷⁰. Se trata, por tanto, de delitos especiales.

Desde el punto de vista técnico y de respeto al principio de legalidad, resulta criticable dadas las dificultades del conocimiento del Derecho, que pueden generar situaciones de error, además una buena parte de supuestos son redundantes y otros rozan lo incomprensible. En otro orden de cosas, destacar que no se prevé que estos delitos puedan ser cometidos de forma imprudente, lo que para un sector de la doctrina supone una grave deficiencia legal⁷¹, no obstante nada impide que puedan ser cometidos con dolo eventual.

Según el Grupo de política criminal: “los preceptos del Código Penal y del Código Penal Militar sobre los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y efectuadas las pertinentes correspondencias con las previsiones del Estatuto de Roma, no se considera necesaria una modificación sustancial del Derecho positivo español en este ámbito”.

Sin embargo, la LO 15/2003 introdujo las siguientes modificaciones en el CP:

Primero, se introduce un nuevo párrafo 6 en el art. 609, declarando personas protegidas al personal de Naciones Unidas y personal asociado.

Segundo. Se modifica el art. 610, castigando como medio de combate ordenar no dar cuartel.

Tercero. Se tipifican una serie de conductas relativas a las deportaciones y traslados forzados en

dos nuevos párrafos 4 y 5 del art. 611. Destacar que, no se utilizan a personas como escudos humanos, cuando determinados ciudadanos, pacifistas o miembros de ONGs voluntariamente son ellos los que ponen en ciertos puntos para protegerlos.

Cuarto. Se modifican los apartados 1, 2 y 3 del artículo 612, para proteger expresamente a los hospitales, instalaciones y material sanitario. Así como al personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional. Se está refiriendo a personal de ONU, periodistas, etc.

En el apartado tercero suprime “prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor”, dichas infracciones ya se encuentran especificadas en los tratados internacionales.

Quinto. Se reforman el primer párrafo y la letra a) del apartado 1 del art. 613, incluyendo como delito de guerra los ataques contra bienes culturales bajo protección reforzada. Esta modificación se justifica por la ratificación de España el 6 de julio de 2001 del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1995, adoptado el 26 de marzo de 1999, que establece la protección reforzada de bienes culturales.

Sexto. Se introduce un nuevo precepto (art. 614 bis) destinado a agravar la pena cuando los hechos se inscriban en un plan o política o se cometan a gran escala, lo cual, responde a exigencias de proporcionalidad y de evitar lagunas de protección.

Estas modificaciones aunque oportunas a tenor del ER y los diferentes acuerdos internacionales ratificados por este país; sin embargo, la descripción menos detallada de las conductas punibles en nuestra legislación interna existente hasta ahora no provocaba lagunas de punibilidad en virtud del tipo residual recogido en el art. 614, que es una cláusula de cierre capaz de captar cualquier otra conducta no especificada en el Có-

68. Así, el uso de expresiones como “emplear métodos o medios de combate prohibidos” (art. 610), “violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados” (art. 611.2), “viole a sabiendas la protección debida” (art. 612.1), “use indebidamente” (art. 612.4 a 6).

69. Un estudio sobre los mismos, *vid.*, LAMARCA PÉREZ, C., “La competencia de la jurisdicción militar en tiempos de guerra y los delitos contra las leyes y usos de la guerra en el Código penal militar”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 1, IUSTEL, www.iustel.com. Según esta autora, dichos delitos no tienen un orden sistemático en la medida en que se hace referencia a los modos y formas de combate con supuesto de protección de la víctima, y éstos últimos, no se distingue tampoco cuando el bien jurídico es la vida, la integridad y la propiedad, todo ello conlleva que se castigue con la misma pena ataques de muy diversa índole e intensidad y que además se otorgue demasiado margen al arbitrio judicial. Además, emplea en exceso elementos normativos e incluso en el art. 78 se configura como una norma penal en blanco.

70. Según lo previsto en el art. 8, esta condición militar no sólo la tienen atribuida los profesionales militares, sean o no carrera, sino también las personas incorporadas al servicio militar así como las movilizadas o militarizadas por decisión del Gobierno.

71. PIGNATELLI Y MECA, F. “La protección penal de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español”, *op. cit.*, p. 566.

digo que infrinja los Tratados internacionales de los que España sea parte. Además, mientras en el Estatuto de Roma se enumeran de modo exhaustivo los comportamientos punibles —muertes, lesiones, detenciones, etc.—; el CP español opta por las tradicionales cláusulas concursales que remiten a los correspondientes delitos de la Parte Especial.

Con relación a las penas, conviene precisar que mientras el CP Militar adopta la solución de la agravación respecto a los delitos comunes que puedan cometerse con ocasión de conflicto armado atendiendo al resultado acaecido, en el CP se ha optado por la previsión de penas menos graves y en diversos tipos se prevé que se apliquen las reglas del concurso ideal de delitos cuando las violaciones del Derecho de guerra van acompañada de resultados contra bienes jurídicos personales, patrimoniales, ambientales o contra el patrimonio histórico. Las cláusulas concursales dan como resultado un catálogo de penas adecuado a la naturaleza de los hechos.

Sin embargo, el Código penal español no se adapta totalmente al Estatuto de Roma en lo relativo al criterio básico destinado a conceder especial gravedad a los crímenes de guerra, que en este último cuerpo normativo se concreta en el hecho de realizar tales conductas como parte de un plan o política de ataque a gran escala. De ahí que tengamos que valorar positivamente, la introducción del art. 614 bis, mediante la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y queda redactado como sigue: "Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior". Este precepto presenta una mejor armonización en este punto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, al agravar la pena de cualquiera de los delitos contenidos en el Capítulo III del Título XXIV cuando las conductas sean parte de un plan o política de ataque a gran escala aquella circunstancia. Conviene precisar que los crímenes de guerra que sean cometidos en el marco de un plan o política o se cometan a gran escala, no impiden que cada ataque individual contra el bien jurídico fundamental cometido en dichas circunstancias constituya un crimen de guerra. Por tanto, es suficiente con la comisión de un único acto, siempre que el mismo se rea-

lice en el marco un plan o política o se cometan a gran escala.

IV. Análisis del caso de José Couso

Hacia las 7.50 h. de la mañana del día 8 de abril de 2003, bajo el mando de la Tercera División de Infantería del Ejército de los Estados Unidos, es lanzado un misil desde un avión estadounidense contra las sedes de la cadena Al Yazira y de la Televisión Abu Dhabi⁷², que causa la muerte del periodista jordano Tarek Ayub e hierre a su camarógrafo. Poco después de las 11.00 h de la mañana, el carro de combate estadounidense, Abrams M1, perteneciente a la compañía A del 64 Regimiento, gira su torreta, apunta al Hotel Palestina (lugar donde la mayor parte de la prensa internacional se encontraba ubicada, hecho por indicaciones del Pentágono). Después de varios minutos, con la pertinente autorización de su superior, el Sargento Gibson dispara un proyectil contra el mismo a la altura de la planta 15. El Teniente Coronel Philip de Camp fue la persona que ordenó disparar contra el Hotel Palestina. José Couso Permuy, cámara y reportero de Tele 5, es alcanzado por el impacto, mientras se encontraba filmando desde la habitación 1403 del Hotel Palestina, falleciendo pocas horas después, a causa de las heridas recibidas. En el ataque falleció también Taras Protsyuk, periodista de la agencia Reuters, que se encontraba en la habitación 1503, y fueron heridos de gravedad Samia Najul, periodista libanesa, Paul Pasquale, coordinador de satélite de nacionalidad británico y el fotógrafo iraquí Faleh Kheiber, además de varios heridos de menor consideración.

Según se afirma en la querrela presentada por los familiares de José Couso⁷³, el carácter civil de estos edificios y que en ellos se alojaba la prensa internacional era conocido por las fuerzas y mandos angloamericanos. El ataque contra el Hotel Palestina, así como el ataque a las sedes de Al Yazira y Abu Dhabi, es reconocido desde el principio por el Mando Central Aliado en Qatar, justificándolo en el caso del Hotel Palestina por la existencia de un francotirador en el tejado. Pero ninguno de los periodistas presentes en el lugar y testigos de los hechos, confirma esta tesis.

Por la otra parte, según las pesquisas, que fueron reveladas por fuentes del Pentágono, la Tercera

72. La sede de Al Yazira estaba ubicada en un edificio residencial, y se había proporcionado las coordenadas de sus oficinas en Bagdad al Pentágono desde hacía dos meses, y enormes banderolas con la palabra TV colgaban del edificio.

73. Vid., www.josecouso.info

División de Infantería tenía toda la razón al creer que existía dicho francotirador y además desconocían que en el hotel estaban hospedados los periodistas⁷⁴. En una carta del Secretario de Estado Colin Powell dirigida a la Ministra de Exteriores española, Ana Palacio, con fecha 21 de abril. Powell decía que “el uso de la fuerza estuvo justificado y el nivel de fuerza fue proporcional a la amenaza contra las fuerzas norteamericanas”. Sin embargo, el Comité para la Protección de los Periodistas (CPP)⁷⁵, organización norteamericana que investiga sobre la violencia contra los periodistas en todo el mundo, en un comunicado del 25 de junio de 2003 basándose en algunas comunicaciones de radio interceptadas, los soldados que abrieron fuego sólo tenían la certeza de estar “siendo observados desde un edificio (...) suficientemente alto” y recuerda que “ninguno de los periodistas alojados en el hotel Palestina indicaron que saliera fuego hostil desde el hotel. Es más, muchos aseguran que durante los 15 ó 20 minutos previos ni siquiera hubo fuego en la zona, y daba la impresión de que los combates habían acabado”. El Comité también denuncia que las conclusiones del Pentágono no explican por qué las tropas estadounidenses no sabían que el hotel Palestina estaba repleto de periodistas, cuando las agencias de noticias sí informaron a los mandos militares de dónde se alojaban sus periodistas. Al parecer, éstos no informaron a sus subordinados⁷⁶. El CPP indica que el ataque contra los periodistas no fue premeditado, pero que se pudo evitar.

El Departamento de Defensa estadounidense en un Informe en respuesta a una petición del Comité sobre la base de la Ley de Libertad de Información considera que los soldados dispararon al hotel donde estaba Couso en “defensa propia”, las tropas tenían razones de peso para creer que en el hotel se encontraban fuerzas enemigas disparando sobre los estadounidenses. Además, el Pentágono asegura que la responsabilidad recae en el enemigo, que “eligió combatir en una ciudad, exponiendo innecesariamente a la población civil, incluidos los periodistas”. Por todo ello, concluye que en la muerte del periodista español José Couso no hubo fallos ni negligencia.

Los hechos relatados, según se alega en la querrela, constituyen, desde la perspectiva del derecho internacional, “crimen de guerra”. Según el Estatuto de Roma, firmado por España el día 18 de julio de 1998 y ratificado el 24 de octubre de 2000, dicha conducta podría castigarse como un crimen de guerra, en virtud de lo dispuesto en el art. 8.2 a)⁷⁷. También, según la Convención de Ginebra establece en su Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977, se trataría de un ataque indiscriminado (arts. 51.4 a)⁷⁸ y 51.5 b)⁷⁹) que causó la muerte a un periodista (art. 79⁸⁰) que tiene la consideración de persona civil (art. 51.1)⁸¹. Dentro del derecho penal interno, se incorporan las prohibiciones del art. 51 de la Convención de Ginebra en el Capítulo III, del Título XXIV del Código Penal. De manera tal que, los hechos descritos, según la querrela, son constitutivos de un Delito contra la Comunidad Inter-

74. Las declaraciones del capitán Wolford también resultan algo confusas ya que dice, por una parte, que el carro que disparó al Hotel Palestina estaba “devolviendo” el fuego, pero por otra también afirma rotundamente en otras ocasiones que el carro disparó contra un vigía con prismáticos. Pero, por otra los testimonios del sargento Shawn Gibson, jefe de tanque en la 3.ª División de Infantería, que efectuó el disparo, y de su superior directo el capitán Philip Wolford, que lo autorizó, desmienten que el disparo del obús fuera una respuesta a los disparos procedentes del hotel. Ambos militares norteamericanos afirman que la compañía 4-64 Armor de la segunda Brigada de la Tercera División de Infantería, que se encontraba en el puente Al-Jumhuriya cuando las tropas norteamericanas entraron en el centro de Bagdad, buscaba en realidad a un observador de la artillería iraquí, al que intentaba neutralizar.

75. El Informe puede verse en www.cpj.org/Briefings/2003/palestine_hotel/palestine_hotel.html.

76. Surge el interrogante de: ¿por qué no se informó a las unidades militares antes del ataque de la presencia de un empleo de importancia en el campo de batalla?

77. Art. 8.2. a) ER, son crímenes de guerra las Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los actos contra personas o bienes protegidos por los disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente. ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares.

78. Según el art. 51.4.a) Protocolo I, se consideraron ataques indiscriminados: “los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto”.

79. El art. 51.5 b) del Protocolo I establece que para hacer efectivo lo protección o lo población civil se prohíben los ataques indiscriminados. “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre lo población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas”.

80. Así, el art. 79 del Protocolo I recoge expresamente que: “Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en la zona de conflicto armado serán consideradas personas civiles. Deberán ser protegidas como tales de conformidad con el presente Convenio y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil.”

81. El art. 51. 1 del Protocolo I dice: “La población civil y los civiles deberán gozar de protección civil contra los peligros inherentes a las operaciones militares”.

nacional previsto en el art. 611 CP⁸² y en el art. 608 CP⁸³. Al ser, en nuestra legislación, necesario acudir al concurso con relación al resultado producido, se le imputa un concurso con el delito de asesinato, por alevosía (art. 139.1 del Código Penal⁸⁴).

Extremos que deben analizarse:

1. Periodista

Desde hace mucho tiempo ya, se manifiesta, en el ámbito del derecho de los conflictos armados, cierta preocupación por la situación particular de los periodistas en misión peligrosa: ya se cita a los "corresponsales de periódicos" en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra, anexo a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 (art. 13), así como en el Convenio de Ginebra del 27 de julio de 1929, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. En el art. 81 del Convenio de 1929, se estipula que "los individuos que siguen a las fuerzas armadas sin formar parte directamente de las mismas, tales como los corresponsales, los reporteros de periódicos, los cantineros, los proveedores, que cayeren en poder del enemigo, y que éste juzgare conveniente detener, tendrán derecho al trato de los prisioneros de guerra, a condición de que estén provistos de un documento de identidad extendido por la autoridad militar de las fuerzas que seguían".

Tras la amplia revisión del derecho internacional humanitario que condujo a la aprobación de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, se consignó la misma idea en el III Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; se puntualiza que el periodista capturado por el enemigo es un prisionero de guerra, con el correspondiente estatuto (art. 4, A, 4).

En varias oportunidades y a diferente nivel, ha sido objeto de debates, los últimos veinte años, la

cuestión relativa a la protección de periodistas en misión profesional peligrosa. Pero, el resultado final de los esfuerzos tendentes a proteger mejor a los periodistas contra los peligros de la guerra es el siguiente: una disposición particular en el Protocolo I relativo a los conflictos armados internacionales, el art. 79 del Protocolo I titulado "Medidas de protección de periodistas", donde además de reiterar los derechos de los periodistas por una fuerza armada, estipula que el gobierno que acredita a un periodista debe suministrarle una tarjeta de identidad. En este precepto se establece que el periodista que realiza una misión profesional en una zona de conflicto armado se beneficia, como persona civil, de toda la protección estipulada en el derecho humanitario en favor de las personas civiles. No obstante, es necesario mencionar que la protección debida a las personas civiles no depende de la nacionalidad de la persona concernida. En nuestro contexto, se protege a todo periodista, sea súbdito de un Estado en conflicto, sea de un Estado neutral.

Ahora bien, una persona civil en ningún caso debe ser objeto de ataque (art. 51.2, del Protocolo I); los bienes de las personas civiles deben ser respetados; a no ser que sean de índole militar (art. 52). Dichas normas, y muchas otras, se aplican también a los periodistas en misión peligrosa. Asimismo, cabe recordar que un ataque deliberado, si causa la muerte o afecta gravemente a la integridad física es una grave violación del Protocolo, es decir, un crimen de guerra (art. 85, sobre todo párr. 3, letra e, del Protocolo I)⁸⁵.

En suma, es todavía precaria la protección que pueden garantizar a los periodistas las normas del derecho internacional humanitario. No obstante, este derecho ha dado un gran paso reafirmando que el periodista en misión profesional peligrosa en una zona de operaciones militares es una persona civil y que, por lo tanto, debe beneficiarse, en cualquier circunstancia, de la protección debida a toda persona civil.

82. El art. 611 CP establece: "Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que con ocasión de un conflicto armado: realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, o actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizarla".

83. El art. 608 del CP indica los sujetos protegidos: "A los efectos de este Capítulo, se entenderá por personas protegidas: 3.- "La población civil y las personas civiles protegidas en el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977".

84. El art. 139.1 CP establece que: "Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.- Con alevosía.

85. Sin embargo, si un periodista sigue muy de cerca a una unidad militar, puede perder, no su derecho a la protección que le confiere su estatuto de persona civil, sino su protección de hecho. Ya no podrá prevalerse de la protección que le es debida, pues dicha unidad es un objetivo lícito de ataque para el adversario (a no ser que la norma de la proporcionalidad prohíba el ataque —art. 51, párr. 5 b—). El periodista actúa, entonces, por cuenta y riesgo propios. Se aplica el mismo razonamiento por lo que atañe al periodista que se aproxime a objetivos militares. En este caso, renuncia a la protección *de facto* que le es debida. Además, toda participación directa en las hostilidades supondría, evidentemente, la pérdida de la inmunidad de persona civil, durante tal participación (art. 51, párr. 3).

2. Legislación aplicable

El TPI en su relación con los Tribunales de los Estados, establece el principio de Complementación y Subsidiariedad es decir que la Corte tendrá Jurisdicción cuando los Tribunales Nacionales no quisieron o no pudieron ejercer su jurisdicción. Dichos principios establecen que los Estados partes poseen competencia para proceder a juicio en caso de que se cometa alguno de los crímenes contemplados por el Estatuto. El TPI podrá considerar los casos sólo si los sistemas judiciales domésticos no están funcionando o si los gobiernos carecen de la voluntad política para asumir los casos. Por ende, la competencia del TPI se limita a los crímenes cometidos en el territorio o por un nacional de alguno de los Estados partes, o de Estados que, sin pertenecer al Estatuto, acepten la intervención individualizada del TPI para un caso concreto (art. 12.3). En el caso que nos ocupa, ni EEUU es un Estado parte ni el Estado en el que se ha cometido el crimen tampoco.

El art. 13, apartado b) del ER establece que el TPI podría ejercer su jurisdicción respecto de crímenes cometidos por los americanos en el territorio de un Estado que no sea parte del Estatuto si presta su consentimiento *ad hoc* a tal efecto (extremo que no va a producirse, dado que el gobierno iraquí está nombrado por EEUU⁸⁶), o bien si la situación en que se producen los hechos es remitida a Tribunal por el Consejo de Seguridad de la ONU en aplicación del Capítulo VII de la Carta (posibilidad que tampoco se contempla, dado el derecho a veto que EEUU, que con toda seguridad ejercería de plantearse esta situación).

Podemos constatar que, la posibilidad de establecer una jurisdicción universal de los crímenes contra la humanidad mediante un Tribunal permanente (TPI), imparcial e independiente, encargado de emprender esa tarea, en este caso no existe, en la medida en que los Estados Unidos han boicoteado sistemáticamente, incluso desde el momento en que el TPI era un proyecto embrionario y no aceptan su jurisdicción.

Por todo lo expresado, sólo los Tribunales españoles podrán ejercer jurisdicción en virtud del principio de justicia universal. Empero, la LO 15/2003 se olvida de reformar paralelamente el art. 23.4 apartado g) LOPJ e incluir en el catálogo de delitos a los que debe aplicarse el principio de justicia universal, el delito de lesa humanidad y

los delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado. Esta limitación del principio de justicia universal contraviene expresamente la letra y el espíritu de los compromisos internacionales adquiridos por España, en concreto los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y el Protocolo I, adicional, de 8 de junio de 1977, ratificados todos por España, consagran la obligación de los Estados parte (no la mera potestad), de perseguir las infracciones graves de sus reglas (crímenes de guerra), aplicables en conflictos armados internacionales, sobre la base del principio de persecución universal. Ahora bien, tal contradicción se subsana en parte⁸⁷, ya que los crímenes de guerra estarían comprendidos en el apartado g) del art. 23.4, cuando dice: "Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España". Así, puede afirmarse que en este delito contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado rige el principio de justicia universal, de tal manera que pueden ser perseguidos sin ninguna limitación sobre el lugar de la comisión de los hechos y la nacionalidad del autor o la víctima. Este caso puede ser juzgado por los Tribunales del Estado Español, de acuerdo a la legislación penal española (arts. 308 y ss. CP). EEUU deberá juzgar a los imputados, o bien conceder la extradición y que sean juzgados en este país.

3. Objetivo militar o ataque a personas y bienes civiles

El ataque es lícito cuando estrictamente proporcione una ventaja militar. Tan sólo pueden ser atacados aquellos elementos cuya destrucción, neutralización u ocupación suponga un objetivo militar. Al mismo tiempo, la ventaja militar que se pretende conseguir tiene que estar relacionada directamente con la neutralización u ocupación del objetivo.

Sobre la base de que los ataques a periodistas y a los medios de difusión (emisoras de televisión, etc.) constituyen crímenes de guerra. Una emisora de televisión es un bien civil, y por tanto está protegido en virtud del derecho internacional humanitario. En un primer momento, se ha afirmado por las autoridades americanas que el ataque fue para batir a un francotirador. Si bien, los francotiradores sin formar parte de las Fuerzas Arma-

86. La negativa de EEUU a someterse a ninguna ley, que no sea la propia, ha sido precisamente, uno de los últimos capítulos de la ocupación de Irak, ya que Bremer, máxima autoridad durante un año en Irak, aprobó unos días antes del teórico traspaso de la soberanía, un edicto que garantiza inmunidad a ciudadanos estadounidenses y sus trabajadores asociados mientras realizan su trabajo en ese país.

87. *Vid.*, el apartado anterior.

das, ni de un grupo, cuerpo o movimiento organizado actúan en un conflicto armado hostilizando a una de las partes. Al no actuar colectivamente no se les considera combatientes legítimos, siendo su actuación ilícita y constitutiva de un crimen de guerra, según determinó el Tribunal de Nüremberg en su sentencia de 19 de febrero de 1948⁸⁸. En cualquier caso, se trata de un objetivo militar.

Teniendo en cuenta las grabaciones radiofónicas de comunicación entre los militares, en las que se habla de un observador no de un francotirador, así como los testimonios de los periodistas que se hallaban en el hotel, que afirman que no salió fuego hostil desde el hotel. Es más, muchos aseguran que durante los 15 ó 20 minutos previos ni siquiera hubo fuego en la zona, y daba la impresión de que los combates habían acabado. El problema consiste en determinar si en una operación de limpieza, como la que se desarrollaba ese día para la invasión de Bagdad, un vigía con prismáticos, ¿es o no un objetivo militar? Aun en el supuesto de que el vigía pudiera ser identificado como iraquí, para que pueda ser considerado como objetivo militar. Surge, entonces, el siguiente interrogante: ¿cómo es posible que un tanquista observe a una o varias personas que llevan prismáticos, espere 10 minutos a que le autoricen el tiro, según manifestó el sargento del carro, y en ese tiempo no se dé cuenta de la presencia de periodistas con cámaras y trípodes en otros balcones y en el tejado, o vea la señal de gran tamaño que indica "Hotel Palestina"? Debe concluirse que, como mínimo observaron la existencia de personas civiles y que se trataba de hotel. Ésta es la razón por la que descarto la hipótesis defendida por el CPP cuando indica que el ataque contra los periodistas no fue premeditado, pero que se pudo evitar si los militares hubieran sido informados de la presencia masiva de periodistas. La falta de información no excluye la responsabilidad de los autores directos, ya que resulta imposible que no pudieran ver a los periodistas y sí pudieran percibir que había un vigía iraquí, por lo que siguiente paso será valorar si el ataque fue proporcional para determinar la posibilidad de que actuaran en situación de legítima defensa.

4. Ataque proporcional. Ventaja militar / muertes y lesiones

Para que el ataque sea lícito no sólo debe procurar una ventaja militar, sino que es preciso que se provo-

quen solamente los daños necesarios para el cumplimiento de una misión (en este caso batir a un observador). No es necesario que el daño sea excesivo, sino simplemente no proporcional a la ventaja militar que supuestamente hubiere obtenido. En la consecución de los objetivos generalmente se producen daños colaterales y siempre hay que intentar minimizarlos, deben ser nulos cuando el objetivo batido no fuera siempre necesario para conseguir la misión encomendada.

A la hora de evaluar los daños es necesario tener en cuenta tres variables: voluntariedad, previsión e inmediatez. Por ejemplo, un daño colateral sería planeado, directo pero no deseado, se exige que sea proporcional⁸⁹. Si estimamos que, la muerte de José Couso y Taras Protsyuk, las heridas de Samia Najul y Paul Pasquale son un daño colateral, debemos determinar si dicho resultado es proporcional a la amenaza de un posible observador o vigía, no debemos olvidar que durante un período de tiempo de diez a veinte minutos hubo ningún ataque. Sin embargo, el daño accidental, no es planeado, no es deseado, puede o no ser directo, debe valorarse el error⁹⁰. En realidad, la diferencia entre si nos encontramos ante uno u otro supuesto radica en dilucidar si se trató de un ataque planificado o no. Para que estén planeados, es necesario que sean conocidos por el comandante antes de tomar la decisión sobre la acción militar que los va a producir.

En este caso, se manejan dos hipótesis:

La primera, defendida por el gobierno de los EEUU que alega amenaza y proporcionalidad por lo que no se trata de un daño accidental, ya que estaba planeado (se autorizó el disparo por superiores), no era deseado, pero sí fue consecuencia directa del ataque realizado por el tanque.

La proporcionalidad pone de manifiesto como resulta irreal pretender garantizar una inmunidad absoluta a la población y a los bienes civiles, va existir un grado de destrucción que se va considerar como inevitable, justificada por la importancia militar del objetivo contra el que se dirige el ataque, siendo necesario determinar el límite a partir del cual tales daños no se consideran permitidos. El principio de proporcionalidad exige una relación razonable entre los efectos de destrucción lícitos y los daños colaterales indeseables⁹¹. Se trata pues, de un elemento más de limitación en la conducción de las operaciones

88. DOMÉNECH OMEDAS, J. L., "Los sujetos combatientes", en *Derecho internacional humanitario*, Tirant monografías, 2002, p. 164.

89. GUIZÁNDEZ GÓMEZ, J., "El proceso de la decisión del comandante y el DIH. Acciones hostiles y objetivos militares", en *Derecho internacional humanitario*, Tirant monografías, 2002, p. 184.

90. *Ibidem*.

91. *Vid.*, en este sentido, JORGE URBINA, J., *La protección de las víctimas de los conflictos armados; Naciones Unidas y Derecho internacional Humanitario*, *op. cit.*, pp. 178 y ss.

militares, ya que la licitud del ataque vendrá determinada porque su destrucción sea relevante para la consecución de una ventaja militar, sino que va a requerir que el ataque sea proporcionado, es decir, que la ventaja militar que se obtiene no sea a costa de daños civiles extensos. Este principio va a dar lugar a una restricción en el empleo de medios y métodos de combate, ya que la valoración de la proporcionalidad se hará atendiendo a su precisión y a la limitación de sus efectos al objetivo militar atacado.

Con relación al medio de combate empleado, según el capitán Tomlinson la munición era un proyectil térmico destinado a matar y no a destruir edificios. Si el carro hubiera disparado un obús anticarro blindado, el daño que sufrió el hotel hubiera sido mucho más serio. Teniendo en cuenta, estos datos se podría decir que el medio era proporcionado. Pero, en el análisis de la proporcionalidad entre la ventaja militar y los daños, la pregunta que debemos formularnos es si, ¿a priori con los datos que tenían los militares era un exceso lanzar un proyectil para matar a un supuesto observador, que no ataca (en los 20 minutos previos, nadie había oído ningún disparo que saliera del hotel), con el riesgo de matar y herir a las personas civiles que ocupaban el hotel? Aunque la proporcionalidad tiene un carácter subjetivo y a pesar de la discrecionalidad de que gozan los beligerantes a la hora de aplicarla, estimo que en este caso con la información que tenían los militares del tanque se produjo un exceso; la ventaja militar no era proporcional a los posibles daños colaterales indeseables. El resultado, a posteriori, todos lo conocemos, no hubo ventaja militar, sí dos muertos y dos heridos civiles.

La segunda hipótesis, que como he señalado no comparto al resultar increíble, es la defendida por el CPP cuando indica que el ataque contra los periodistas no fue premeditado, pero que se pudo evitar. Esta tesis defiende que se trata de un daño accidental, ya que no estaba planeado, no era deseado, pero sí fue consecuencia directa del ataque realizado por el tanque. El análisis del error es el

criterio para determinar si estos daños accidentales fueron lícitos. El CPP en su informe señala que “los militares sobre el terreno no fueron informados nunca de la presencia masiva de periodistas” y “si lo hubieran sabido no habrían disparado”. Nos encontramos, según esta versión, ante un error de tipo, por el desconocimiento fáctico de que allí se encuentran alojados los periodistas, que exculparía a los autores directos, así como a sus superiores inmediatos —el teniente coronel Philip de Camp (jefe del batallón), y el coronel David Perkins (jefe de brigada)—, puesto que según los testimonios de los periodistas “embedded” y las reacciones de los dos oficiales indican que tampoco ellos fueron informados, por su jerarquía, de la presencia de periodistas en el Hotel Palestina. Ahora bien, se podrían establecer responsabilidades en un nivel superior en el Estado Mayor de la división, que tenía acceso a las informaciones del Pentágono en Washington, y del mando central en Doha (Qatar), así como a la información pública (canales de televisión)⁹². La cuestión es saber si la información se silenció voluntariamente, o bien por imprudencia. También el gobierno norteamericano sería responsable por encubrimiento, en la medida en que sus dirigentes hicieron, en varias ocasiones, declaraciones voluntariamente erróneas sobre el “caso del Hotel Palestina”⁹³.

5. Elemento subjetivo

Destacar que, en el art. 30 ER se determina que la intención se refiere tanto a la conducta, como la consecuencia (resultado); se equipara “a sabiendas” y “con conocimiento”; la confirmación de que actúa con dicho dolo o elemento intencional tanto quien se propone realizar la conducta y causar su consecuencia, como quien es consciente de que éste se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Por el contrario, la normativa internacional prevista en los Protocolos, podría imputarse el delito a título de imprudencia por no haber tomado las precauciones necesarias antes o durante el ataque para identificar el blanco. Tendría que hacerse un análisis fundado en

92. El Informe de CPP dice que: “no es concebible que se le haya escapado la masiva presencia de periodistas desde el comienzo de la guerra en el Hotel Palestina, un hecho que conocían desde el simple espectador hasta el Ministerio de Defensa norteamericano. A pesar de que esa presencia no fuera nunca mencionada a las tropas sobre el terreno, ni indicada en los mapas de los observadores de artillería”.

93. El Informe de CPP dice que: además se han manifestado frecuentemente sobre los peligros que corrían los periodistas en Irak. Así, el 28 de febrero de 2003, antes del inicio del conflicto, Ari Fleisher, portavoz de la presidencia norteamericana, reiteraba los consejos del Pentágono a los medios de comunicación, de retirar a sus periodistas de Bagdad. A la cuestión de saber si esa advertencia era una amenaza contra la prensa “no incorporada”, respondió: “Si los militares dicen algo, yo recomiendo vivamente a todos los periodistas que obedezcan (S). Y he medido mis palabras”. Ese argumento, según el cual los periodistas estaban advertidos, figura de nuevo en el informe final de la investigación del Pentágono, publicado el 12 de agosto. Esa postura equivale a crear un doble status de periodistas: por una parte los periodistas “embedded”, integrados en las fuerzas norteamericanas, que disfrutaban de la consideración y la protección del ejército norteamericano; y, por otra, unos periodistas a quienes se aconseja que abandonen el lugar, so pena de verse ignorados.

la información disponible que hubiese tenido el autor en el momento del acto. Precauciones, según los arts. 57 y 58 del Protocolo I, para lanzar un ataque:

— Verificar que los objetivos que se pretenden atacar no son civiles ni gozan de especial protección, sino que se trata de objetivos militares.

— Abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista.

En nuestra legislación, se ha adoptado una postura intermedia, no se prevé la comisión imprudente de los delitos contra la comunidad internacional, pero sí respecto a los resultados.

A tenor de lo expresado, respecto a la segunda hipótesis, como se trata de un error de tipo y el delito contra la Comunidad Internacional previsto en el art. 611.1 CP no se puede castigar su comisión imprudente, queda impune. Ello, no impediría imputar a los mandos medios a título de autoría mediata el delito previsto en el art. 611 CP con relación al art. 308, los resultados de muerte y lesiones a título de imprudencia, así como a los mandos superiores por el delito de encubrimiento.

Con relación a la primera hipótesis, resulta necesario que el autor haya sabido que el ataque causaría pérdidas colaterales de vidas y lesiones a civiles eran excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto. Este elemento de conocimiento exige que el autor haga el juicio de valor indicado en ella. La evaluación del juicio de valor debe fundarse en la información necesaria que hubiese tenido el autor en el momento del acto. Partiendo de la idea de que no se puede restringir el elemento intencional al llamado dolo directo, es decir, de excluir el dolo eventual, el punto de referencia es la conciencia de la previsibilidad objetiva de un resultado, que se constata siempre que "existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos"⁹⁴. En este caso, creo que si los militares pueden afirmar que en el edificio había un supuesto vigía iraquí con unos prismáticos, también vieron que había más personas, que eran periodistas, en consecuencia, era previsible la muerte y lesiones de más personas. Por tanto, puede imputarse el delito contra la Comunidad Internacional previsto en el art. 611.1 CP con relación al art. 608 CP en concurso con un asesinato a título de dolo eventual.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, por una parte, la mayoría de la doctrina, estima que para que

pueda imputarse un asesinato por alevosía debe existir dolo directo, por lo que sólo sería posible imputar un delito homicidio. Por la otra, el ataque a civiles siempre será una conducta alevosa, porque el autor busca, lo que caracteriza precisamente a los civiles, su indefensión: el delito será siempre asesinato y no homicidio. Pero, en los casos del exceso, no se busca de propósito la indefensión, simplemente se prevé que el ataque puede producir muertes a civiles indefensos y se asume, por lo que debe calificarse de homicidio.

Si no pudiera probarse el dolo eventual, según nuestra legislación, no sería posible imputar el delito del art. 611.1 CP a título de imprudencia, no está previsto su castigo. Si bien, nada impide que no se pueda imputar el resultado (las muertes y lesiones) a título de imprudencia o dolo eventual.

Todo ello, sin perjuicio de imputar dichos delitos a título de inducción aquellos superiores que conociendo los extremos del caso, dieron la orden, o bien pudiendo evitarlo no hicieron nada por impedirlo.

En síntesis, he partido de la versión ofrecida por las autoridades americanas. A pesar de ello, estimo que, después de un análisis jurídico penal del caso y a tenor de lo dispuesto en nuestra legislación, la muerte de José Couso fue un delito contra la Comunidad Internacional en concurso ideal con el delito de homicidio a título de dolo eventual. Pero, no he abordado la hipótesis de que la existencia de un vigía o un francotirador fuera simplemente una excusa. Y lo que sucedió el 8 de abril, cuando se inició la invasión de en Bagdad, es que se ordenó las tropas estadounidenses, con el fin de intimidar a la prensa libre para que abandonaran el país y que no fueran testigos de operaciones que se preveían más cruentas —al esperarse una mayor resistencia de la que después hubo—, bombardear la sede en Bagdad de la TV de Qatar Al Yazira: un periodista muerto, y posteriormente lazar un ataque contra el Hotel Palestina, donde se alojaban la mayoría de los periodistas, murieron dos y varios resultaron heridos. A pesar de que existe la posibilidad que estos hechos son los que más se acercan a realidad⁹⁵, no me he centrado en ellos, dada la dificultad de probar tales extremos. Sólo decir que, en este caso habría una clarísima responsabilidad de un crimen de guerra en concurso con el delito de asesinato por alevosía.

94. GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., "La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional", en *Actualidad Penal* n.º 41, 2003, p. 1039.

95. Antecedente de este tipo de operaciones, como he señalado anteriormente, no faltan: durante la invasión a Panamá en 1989 con un misil se destruyó la estación de TV panameña. Durante la guerra contra Yugoslavia en 1999 bombardearon la TV de Belgrado, causando 14 muertos y en 2001 bombardearon la sede de la TV Al Yazira en Kabul.