

# JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE CRÍMENES DE GUERRA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SU CODIFICACIÓN EN EL DERECHO DE GINEBRA

Francisco J. Bariffi\*

Sumario: I. EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL DE FINES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX. II. EL FIN DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL Y EL JUICIO DE NUREMBERG. III. EL DERECHO DE GINEBRA Y LA REPRESIÓN PENAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA. IV LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y EL PRINCIPIO AUT DEDERE AUT JUDICARE.

## INTRODUCCIÓN

En lo que podríamos calificar como una postura doctrinaria ampliamente mayoritaria, se podría afirmar que el derecho internacional humanitario (DIH)<sup>1</sup> establece la obligación (en el ámbito convencional) o la facultad (en el ámbito consuetudinario) de los Estado de la Comunidad Internacional de ejercer su jurisdicción criminal para juzgar y sancionar actos calificados como crímenes de guerra sin necesidad de acreditar vínculo de territorialidad, nacionalidad, carácter de beligerante, o defensa de intereses nacionales.<sup>2</sup> Aunque la práctica internacional en este sentido, es más bien escasa,<sup>3</sup> la

---

\* Investigador en Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III de Madrid. ([fbariffi@derpu.uc3m.es](mailto:fbariffi@derpu.uc3m.es)). El presente trabajo es una adaptación de la tesina de presentada por el autor en el marco del Doctorado en Derechos Fundamentales del Instituto de Derechos Humanos, “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, y que fue dirigida por el Profesor Dr. D. Fernando MARIÑO MENÉNDEZ (5 de diciembre de 2003).

<sup>1</sup> En este trabajo por DIH se hace referencia al denominado Derecho de Ginebra cuyo principal objetivo es la protección de las personas y bienes, víctimas de la acción hostil, Véase RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Fuentes del derecho internacional humanitario”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Rodríguez- Villasante y Prieto (Coord.), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2002, pp.61-67.

<sup>2</sup> Como afirma el propio Comité Internacional de la Cruz Roja: [...El ejercicio de la jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra se basa tanto en el derecho de los tratados como en el derecho internacional consuetudinario (...). En lo relativo a los tratados, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 introdujeron la aplicación de la jurisdicción universal para las violaciones de los Convenios que se califican de infracciones graves. (...) Los Convenios se clasifican en la categoría de la jurisdicción universal obligatoria - obligan a los Estados a ejercer su jurisdicción. Los Estados no están necesariamente obligados a juzgar a los acusados, pero si no lo hacen están obligados a entregar a las personas a otra Parte Contratante que tenga presunciones razonables. (...) Mientras las disposiciones pertinentes del derecho de los tratados se limitan a las infracciones graves, puede decirse que en el derecho internacional consuetudinario la jurisdicción universal abarca todas las violaciones de las leyes y los usos de la guerra que constituyen crímenes de guerra. (...) A diferencia de lo que sucede con el derecho de los tratados, no parece haber argumentos que permitan concluir que el derecho internacional consuetudinario obliga a los Estados a ejercer su jurisdicción sino que establece más bien una jurisdicción universal facultativa...] en *Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra*, Servicio de Asesoramiento del CICR, Ref. LG 1999-

incorporación de este principio en las legislaciones nacionales parece evidenciar una clara tendencia.<sup>4</sup>

A pesar la anterior afirmación, y que, desde la creación de la Cruz Roja en 1863, y la adopción un año más tarde del Convenio para aliviar la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña, el DIH aplicable a los conflictos armados no ha cesado de desarrollarse,<sup>5</sup> la represión de la criminalidad de guerra por la sociedad internacional organizada no comienza, realmente, hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial (II G.M).<sup>6</sup> Antes de dicho hito histórico, no resulta fácil identificar normas vinculantes sobre represión penal de crímenes guerra, y con posterioridad al mismo, las escasas disposiciones codificadas por el Derecho de Ginebra, no parecen haberse puesto en práctica.

En este contexto, el presente estudio surge como un intento de analizar la evolución histórica relativa al juzgamiento de criminales de guerra por parte de tribunales que no poseen vínculos de nacionalidad o territorialidad con el acusado, desde los orígenes de las primeras leyes de la guerra hasta la adopción del Derecho de Ginebra. Dicha tarea estará encaminada a determinar, en primer lugar, si es posible identificar una costumbre internacional relativa al ejercicio de la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra

---

004d-SPA; entre los académicos véase a modo de ejemplo: CASSESE A., “On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law”, *European Journal of International Law*, vol. 9 n° 1, 1998, pp. 2-17; MERON T., “International Criminalization of Internal Atrocities”, *American Journal of International Law*, vol. 89 n° 3, 1995, pp. 554-577; RANDALL, K. C., “Universal Jurisdiction Under International Law”, *Texas Law Review*, vol. 66, 1988, 929-832; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal, en El caso Pinochet* (coord.) García Aran, M. & López Garrido, D., (Tirant lo Blanch 2000); FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P., “Jurisdicción Internacional y Jurisdicción Universal Penal”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2000, pp. 275-324; GÓMEZ BENÍTEZ J. M., “Jurisdicción Universal por Crímenes de Guerra, Contra la Humanidad, Genocidio y Tortura”, en *El Principio de Justicia Universal*, Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos, Madrid, (Coord.), Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 63-72; PIGNATELLI Y MECA F., *La Sanción de los Crímenes de Guerra en el Derecho Español*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp.54-85.

<sup>3</sup> [...Customary international law as reflected in the practice of states does not, so far, in the judgment of this writer, warrant the conclusion that universal jurisdiction has been applied in national prosecutions...] BASSIOUNI CHERIF. M., “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspective and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, 2001, p.117.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “El derecho militar del siglo XXI (segunda parte): la organización de la jurisdicción militar. Diversos sistemas de Derecho y legislación comparada”, *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 83, 2004, pp.59-96; ELST VAN R., “Implementing Universal Jurisdiction Over grave Breaches of the Geneva Conventions”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, pp.815-836; BUTLER H. A., “The Growing Support of Universal Jurisdiction in National Legislation”, en *Universal Jurisdiction*, ed., Stephen Macedo, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004, pp.67-76.

<sup>5</sup> PÉREZ GONZALEZ M., “Introducción; El Derecho Internacional Humanitario Frente a la Violencia Bélica: una Apuesta por la Humanidad en Situaciones de Conflicto”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Rodríguez- Villasante y Prieto (Coord.), op. cit., p.53.

<sup>6</sup> PIGNATELLI Y MECA F., “El Derecho Penal Internacional. Los Tribunales Internacionales de Crímenes de Guerra”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Rodríguez- Villasante y Prieto (Coord.) op. cit., p.508.

con carácter previo a la codificación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y en segundo lugar, si los Convenios de Ginebra establecen en su articulado la obligación de los Estados de ejercer la jurisdicción sobre crímenes de guerra.

Consecuentemente, la parte I del presente trabajo, se sitúa en el período histórico comprendido entre fines del siglo XIX y el período de entre guerras (Primera Guerra Mundial (I G.M), y II G.M, y se destinará principalmente a determinar si el orden jurídico internacional del momento contemplaba el carácter convencional o consuetudinario de la jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra, analizando, a dichos fines, el derecho convencional, la doctrina y la jurisprudencia.

La parte II se sitúa en un período comprendido entre el inicio de la II G.M y el proceso de Nuremberg, y tendrá como principal objetivo, analizar los cambios que dicho proceso supuso para el derecho internacional de posguerra. Asimismo se prestará especial atención a las bases jurisdiccionales del mencionado tribunal.

La parte III, se abocará a analizar, lo que se dio llamar como el segundo proceso de codificación de las leyes y costumbres de la guerra que tuvo lugar con posterioridad al fin de la II G.M, y cuyo máximo exponente lo encontramos en la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Esta tarea estará exclusivamente focalizada en las disposiciones de dichos instrumentos relativas a la persecución y castigo de los criminales de guerra.

Finalmente, en el punto IV, se expondrán algunas precisiones conceptuales con relación al principio de la jurisdicción universal, y particularmente, su distinción con el principio *aut dedere aut judicare*.

## **I. EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL DE FINES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX**

El presente capítulo se sitúa en un contexto histórico que podemos señalar entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Dicho período comienza con las primeras codificaciones de las leyes y costumbres de la guerra, fenómeno que se registra tanto en el ámbito internacional -principalmente con la influencia del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), como en el ámbito doméstico -principalmente a través de la adopción de códigos o manuales de guerra por parte de los ejércitos nacionales. Esta tendencia codificadora, que se extendió a lo largo del período indicado, debió convivir con importantes cambios tecnológicos, económicos y políticos, y culminar con la irrupción en Europa del primer antecedente de guerra total. A pesar de tratarse de un período de tiempo relativamente corto, los cambios indicados generaron importantes consecuencias que se vieron reflejadas en el tratamiento y codificación del derecho internacional, y especialmente en el derecho internacional de los conflictos armados (DICA).

## 1. El Derecho Convencional del momento

Los diferentes estudios sobre el tema suelen señalar al Código de Lieber como el primer antecedente de una norma escrita relativa a la posibilidad de juzgar y sancionar a miembros del enemigo por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Dicho Código, elaborado por el profesor Francis Lieber en 1863, fue promulgado oficialmente como Orden General N°. 100, bajo el nombre de “Instrucciones para la dirección de los ejércitos de los Estados Unidos en el terreno” durante el transcurso de la Guerra Civil de 1861-1865. El código, cuya principal cualidad residía en su tratamiento comprensivo, completo y humano, fue rápidamente utilizado como modelo de numerosas codificaciones afines por parte de las potencias europeas. Incluso bajo la iniciativa del gobierno Ruso se intentó preparar un código comprensivo similar al de Lieber que fuera vinculante para todas las naciones. Esta iniciativa se concretó en la reunión de Bruselas de 1874 pero solo tuvo como resultado una tímida declaración sobre algunos aspectos relativos a las leyes y costumbres de la guerra.<sup>7</sup> De conformidad con el artículo 59 del citado Código, “un prisionero de guerra sigue siendo responsable por los crímenes cometidos contra las personas o contra el ejército del captor, cometidos con anterioridad a su captura y por los cuales no ha sido juzgado por sus propias autoridades”.<sup>8</sup>

Si bien debe tenerse presente que se trata de un instrumento de naturaleza doméstica, la norma citada describe de forma precisa las condiciones bajo las cuales se permite a una autoridad militar ejercer su jurisdicción respecto de un miembro del enemigo por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra sobre la base de tres elementos básicos:

1. **La captura:** en este caso no solo se requiere la captura, sino también el carácter de prisionero de guerra. Si bien el derecho internacional ha evolucionado para desarrollar nuevas formas de traer al acusado ante la autoridad, el elemento de la captura ha constituido históricamente y aún constituye en la actualidad un presupuesto elemental para el ejercicio de la jurisdicción por parte de una autoridad que pretende juzgar a un presunto criminal de guerra.
2. **Daños directos:** a las personas o al ejército del captor. En este punto de derecho internacional ha intentado evolucionar hacia la idea de intereses de la humanidad, resaltando que, al margen del daño directo, un crimen de guerra implica sobre todo un daño o un ataque a los intereses de la comunidad internacional.
3. **Ausencia de condena anterior:** o también llamado principio de *non bis in idem*, que impide que un individuo pueda ser juzgado más de una vez por el mismo delito. La evolución del derecho internacional no ha hecho más que consolidar este principio como presupuesto básico de todo juzgamiento

Más allá del efecto que generó el Código de Lieber en las demás legislaciones europeas, las diferentes declaraciones y convenciones que se desarrollaron con posterioridad en la esfera internacional, guardaron absoluto silencio sobre la posibilidad de conceder de

<sup>7</sup> FRIEDMAN L., *The Law of War: A Documentary History* –Vol. I, Random House, New York, 1972, pp. 152, y 194-203.

<sup>8</sup> Texto reimpresso en *Ibíd.*, p. 169.

antemano jurisdicción a una autoridad extranjera.<sup>9</sup> En lugar de disposiciones relativas a la jurisdicción de los Estados Partes ante la violación de los derechos allí acordados, en la mayoría de los instrumentos de esta época se optó por la fórmula que impone la obligación de legislar.<sup>10</sup> Dichas disposiciones preveían únicamente una obligación de legislar para permitir la represión por parte de los Estados, pero no establecía una obligación directa de reprimir en casos particulares.<sup>11</sup> Por su parte, las convenciones de Paz de La Haya establecieron un régimen de responsabilidad de tipo pecuniaria colectiva y no criminal individual.<sup>12</sup> Según el artículo 3 del Convenio IV de La Haya 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre: “La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento (anexo a la convención) estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su fuerza armada”.<sup>13</sup>

Los planes de una tercera conferencia de paz fueron abruptamente interrumpidos por la irrupción de la I G.M. Con una Europa devastada como consecuencia de esta cruel y sangrienta contienda, los Aliados en conjunto deciden reglamentar los términos de la Paz y el desarrollo de la Posguerra a través de una Conferencia de Paz que, celebrada en Francia, concluye con la firma del Tratado de Versalles el 28 de Junio de 1919. La Paz de Versalles constituye el primer Tratado internacional en el cual se establecen las bases para la aplicación del principio de responsabilidad individual por crímenes cometidos durante la guerra por miembros de una fuerza beligerante en contra de las personas o de los bienes de otra.<sup>14</sup> El artículo 227 del Tratado establecía la creación de un tribunal internacional ad-hoc para juzgar el Kaiser Guillermo II de Hohenzollern por “falta suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”, concepto

---

<sup>9</sup> Por ejemplo La Convención de la Cruz Roja del 22 de Agosto de 1864 para Aliviar las Suerte que Corren los Heridos de los Ejércitos en Campaña y su revisión acordada en Julio de 1906; La Declaración de San Petersburgo de Diciembre de 1868 sobre la Renuncia a la Utilización Durante la Guerra de Ciertos Proyectiles Explosivos; La Declaración de Bruselas de Agosto de 1874 sobre Las Leyes y Costumbres de la Guerra; Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907; La Convención de La Haya sobre Barcos Hospitales de Diciembre de 1904; La Conferencia de Londres de Febrero de 1909 sobre las Leyes de la Guerra Naval.

<sup>10</sup> Véase por ejemplo los artículos 27 y 28 de la Convención de la Cruz Roja del 06 de Julio de 1906 para Aliviar las Suerte que Corren los Heridos de los Ejércitos en Campaña o el artículo 67 de la Conferencia de Londres de Febrero de 1909 sobre las Leyes de la Guerra Naval; reimpresso en FRIEDMAN L., *The Law of War...*, op. cit., pp. 266-267 y 415 respectivamente.

<sup>11</sup> Véase HENZELIN M., *Le Principe de l'universalité en droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles: Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 276-277 párrafo 875.

<sup>12</sup> Véase SCHWARZENBERGER G., “International Law as applied by International Courts and Tribunals”, Vol II, en *The Law of Armed Conflict*, Stevens & Sons Limited, London, 1968, pp. 448-455. Sin embargo, para el profesor Lauterpacht [...From these and similar rules the conclusion has occasionally been drawn that responsibility for the violation of rules of warfare is limited to pecuniary compensation. There ought to be no doubt that these provisions refer to the responsibility of the State as a whole, and that they were not intended to exclude the responsibility of individuals or the customary right of States to punish enemy individuals for the violation of rules of war...] en LAUTERPACHT H., “The Law of Nations and the Punishment of War Crimes”, *British Yearbook of International Law*, vol. 21, 1944, p.65.

<sup>13</sup> Texto reimpresso en FRIEDMAN L., *The Law of War...*, op. cit., p. 310.

<sup>14</sup> Véase GARNER J., “Punishment of Offenders Against the Law and Customs of War”, *American Journal of International Law*, vol. 14, 1920, pp. 70-71.

que luego de la II G.M tomaría la forma de “crimen contra la paz”.<sup>15</sup> Por su parte, el artículo 228 recogía el reconocimiento por parte del Gobierno Alemán de la facultad de los Aliados y miembros asociados de juzgar ante tribunales militares a personas acusadas de haber cometido actos de violación a las leyes y costumbres de la guerra, así como el deber por parte del Gobierno Alemán de entregar a los presuntos culpables a las autoridades de los Gobiernos Aliados o potencias asociadas.<sup>16</sup>

El sistema de represión de las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra establecido por medio del Tratado de Versalles presentaba las siguientes características:

1. **Ad-Hoc:** se trataba de un procedimiento especial destinado concretamente a las violaciones ocurridas durante el trascurso de la guerra, con limitaciones territoriales.
2. **Dual:** contemplaba una instancia internacional (a través de un tribunal internacional especial) para el juzgamiento de la máxima autoridad enemiga y una instancia nacional (a través de las jurisdicciones militares domésticas de los Aliados o Potencias Asociadas) para el juzgamiento del resto de las personas acusadas de violación a las leyes y costumbres de la guerra.
3. **Unilateral:** la posibilidad del juzgamiento era conferida exclusivamente a los Aliados y Potencias Asociadas sin reciprocidad por parte de las Potencias vencidas.
4. **Nacionalidad de la víctima:** el vínculo jurisdiccional se establecía por la nacionalidad de la persona respecto de la cual se hubiese cometido el acto criminal. En caso de afectación de más de una nacionalidad se contemplaba la posibilidad de constituir tribunales con miembros de más de una Potencia.
5. **Entrega:** en caso de que el acusado no se encontrase en poder de la Potencia que pretendía su juzgamiento, se contemplaba la obligación por parte del Gobierno Alemán de entregar al individuo a la autoridad requeriente.

A pesar de no haber entrado en vigor, en este punto el merece una especial mención Tratado de Washington de 1922 relativo a la utilización de Submarinos y Gases Nocivos en Operaciones Militares. En una inusual fórmula, el artículo 3 establecía que cualquier persona en servicio de cualquier Potencia que violase cualquiera de las reglas allí establecidas, “deberá considerarse que ha violado las leyes de la guerra y será responsable de juzgamiento y sanción como si se tratase de un acto de piratería y podrá ser llevado ante un tribunal civil o militar de cualquier Potencia dentro de la jurisdicción en la cual la persona se encontrase”.<sup>17</sup> Al parecer, esta norma receptaba el principio de la jurisdicción universal mediante la aplicación analógica de las normas de la piratería, y pretendía extender su aplicación más allá de las partes contratantes.<sup>18</sup> Sin embargo, esta

<sup>15</sup> GREPPI E., “The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law”, *International Review of the Red Cross*, n° 835, 1999, pp. 534-535.

<sup>16</sup> Texto reimpresso en FRIEDMAN L., *The Law of War...*, op. cit., pp.431-432.

<sup>17</sup> Texto Reimpresso en *Ibídem*, p.452.

<sup>18</sup> Escribía Kelsen que el intento de utilizar esta ficción resultaba irreal puesto que [...a violation of the Treaty of Washington is not piracy...], asimismo advertía [...The Treaty of Washington is problematical only in so far as it does not restrict its validity to the contracting States...], en KELSEN H., “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Crimes”, *California Law Review*, vol. 31, 1942-43, p. 537; en conformidad Shwarzemberger advertía que la aplicación del Tratado se limitaba a los Estados partes por lo que no correspondía hablar de jurisdicción

fórmula no solo no logró el consentimiento de la comunidad internacional, sino que ni siquiera logró el consentimiento necesario de las partes contratantes para su entrada en vigor. Tampoco ha sido utilizada como modelo en tratados y convenios internacionales sobre la materia.

En gran medida para adaptarse a las experiencias resultantes de la I G.M, el CICR convoca en el año 1929 una Conferencia Internacional que concluye con la adopción, en julio del mismo año, de la Convención para Aliviar las Suerte que Corren los Heridos de los Ejércitos en Campaña. Dicha Convención continúa con la línea de su predecesora -la Convención de 1906- y basa la represión de los abusos e infracciones en la fórmula que impone la obligación a las Partes contratantes de legislar. No obstante, y al margen de la obligación de legislar, el artículo 30 preveía que ante la solicitud por parte de un beligerante, se debía llevar a cabo una investigación concerniente a cualquier violación de la Convención, y de acreditarse tal violación se obligaba a las partes a poner fin a la misma, así como a procurar su represión.<sup>19</sup> Más allá de su viabilidad práctica, esta disposición revela la voluntad de los Estados de legislar penalmente, y de reprimir los actos cometidos por sus propias tropas.<sup>20</sup> Por su parte, la Convención relativa al Trato de los Prisioneros de Guerra de 1929 no contemplaba disposiciones comparables, relativas a la obligación de legislar y de reprimir penalmente las violaciones a las infracciones a las leyes de guerra cometidas con anterioridad a la captura del prisionero.<sup>21</sup>

## **2. Características propias del derecho de los conflictos armados**

Es importante destacar que a lo largo del primer cuarto del siglo XX la comunidad internacional aún se encontraba discutiendo aspectos básicos del *jus ad bellum*. A excepción del Tratado multilateral de París de 1928 –también llamado Pacto Briand-Kellogg,<sup>22</sup> la prohibición universal de la guerra tuvo que esperar hasta adopción de la Carta de las Naciones Unidas (ONU) en 1945. El carácter legítimo o ilegítimo de la guerra no resultaba en sí mismo un aspecto directamente influyente en lo que respecta a la materia bajo análisis, pero en cambio sí lo eran las diferentes consecuencias que según diferentes autores se desprendían del mismo.<sup>23</sup>

---

universal, en SHWARZENBERGER G., “The Problem of an International Criminal Law”, *Current Legal Problems*, vol. 3, 1950, pp. 265 y ss.

<sup>19</sup> Texto reimpresso en FRIEDMAN L., *The Law of War...*, op. cit., pp. 484-485.

<sup>20</sup> Véase HENZELIN M., *Le Principe...*, op. cit., pp 278-279, [...L'article 30 innove enfin par rapport á la Convention de 1906 en ce qu'il prévoit une obligation concrète pour les Etats de réprimer en cas de constatation d'une violation d'une obligation conventionnelle, et non plus seulement une obligation de légiférer...].

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.279 párrafo 884.

<sup>22</sup> [...The effect of the Pact of Paris is not to abolish, even for its signatories the institution of war as such. War remains lawful: a) as a means of a legally permissible self-defense; b) as a measure of collective action; c) as between signatories of the Pact and non-signatories; d) as against a signatory who has broken the Pact by resorting to war in violation of its provisions...], en OPPENHEIM L., *International law*, Vol. II, edited by H. Lauterpacht, 6th ed., London, 1947, pp. 149-150.

<sup>23</sup> véase KUNZ J., “The Law of War”, *American Journal of International Law*, vol. 50, 1956, pp.313-337.

La I G.M, demostró manifiestamente la insuficiencia del derecho de la guerra, lo que generó que el movimiento de codificación y revisión del mismo haya cesado prácticamente en el período de entre guerra. Como señalaba Kunz, dos concepciones antagónicas llegaban a la misma postura sobre la innecesidad de regular la guerra. Para los pesimistas el derecho de la guerra era un imposible, la guerra sólo podía ser abolida pero no regulada; mientras que para los optimistas, una vez ilegalizada la guerra, su regulación no solo resultaba innecesaria sino ilógica. Ello sin duda contribuyó a que durante la II G.M el derecho de la guerra fuera regular y masivamente quebrantado por todos los beligerantes, y quedase demostrado su estado caótico.<sup>24</sup>

De lo dicho hasta aquí, podemos concluir que el derecho convencional que se gestó en el período analizado no nos aporta demasiada claridad al momento de identificar las normas relativas la jurisdicción en materia de crímenes de guerra. Esta falta de precisión, o en la mayoría de los casos el silencio absoluto, se puede atribuir básicamente a dos aspectos generales. Por un lado, existía una fuerte tendencia a considerar que estos aspectos constituían en sí una cuestión política y no jurídica.<sup>25</sup> Por otro lado, ya dentro del campo dogmático legal, el sistema clásico de derecho internacional basaba su aplicación en las relaciones entre Estados, quedando el individuo regulado por el derecho solo en la medida de su carácter de agente o representante de la voluntad del Estado. Las ideas de “*crímenes de guerra*”, “*responsabilidad individual*” y “*sanciones penales*” no resultaban fáciles de asimilar por un sistema de derecho internacional que, como sostenía Hall en sus primeros 175 años de existencia, desconoció la noción de la separación del individuo de su Estado a los fines de la guerra.<sup>26</sup> De este modo, la conciliación de los conceptos de crimen, responsabilidad y sanción debieron anteponerse ante importantes y sólidos escollos jurídicos y políticos del sistema clásico de derecho internacional y de las relaciones internacionales.

#### A) La doctrina de los actos de Estado

Íntimamente relacionado a la separación entre individuo y Estado, el orden jurídico internacional del momento contemplaba de forma incuestionable la doctrina de los actos de Estado –*acts of State*–, que impedía la persecución de aquellos actos del gobierno, o realizados bajo la orden del gobierno, o bajo su autorización. Las violaciones a las reglas de la guerra, sostenía Oppenheim, son crímenes de guerra solo cuando son cometidas sin una orden del gobierno beligerante involucrado, en caso contrario dichos

<sup>24</sup> KUNZ J., “The Chaotic Status of The Laws of War and The Urgent Necessity for their Revision”, *American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, pp. 37-61; también véase KUNTZ J., “Plus de Lois de la Guerre?”, *Revue Générale de Droit International Public*, Jan-Feb., 1934, pp. 22-57; SCHWARZENBERGER G., “From the Law of War to the Law of Armed Conflicts”, *Journal of Public Law*, vol. 17, 1968, pp. 61-77.

<sup>25</sup> Esta tesis era inclusive defendida por teóricos como Lauterpacht, [...The question whether punishment of war crimes committed by the enemy is desirable, expedient and practicable is a problem of politics rather than of law...]. LAUTERPACHT H., “The Law of Nations...”, op. cit., p.58.

<sup>26</sup> HALL W. E., *A Treatise on International Law*, eighth edition, Ed. by Pearce Higgins, 1924, #18, pp. 85-91.

actos no son crímenes de guerra, y no pueden ser perseguidos por el enemigo, aunque éste pueda recurrir a represalias.<sup>27</sup>

Afirmaba Kelsen que “el juzgamiento de un individuo por un tribunal del Estado perjudicado a causa de un acto que, de conformidad con el derecho internacional, es un acto de otro Estado, equivale a ejercer jurisdicción sobre otro Estado; y ello implica una violación al principio general de derecho internacional de que ningún Estado se encuentra sujeto a la jurisdicción de otro Estado... ningún Estado puede reclamar jurisdicción civil o criminal sobre los actos de otro Estado”.<sup>28</sup> Para Manner la excepción del acto de Estado era una norma consuetudinaria de la práctica de la guerra que había sido formalmente ratificada por el artículo 3 del IV Convenio de La Haya de 1907.<sup>29</sup>

#### B) La responsabilidad internacional individual

La configuración de un sistema estrictamente interestatal, y basado en la no-intromisión de los asuntos de Estado por parte del resto de la comunidad internacional, generó una cierta confusión sobre la posible responsabilidad criminal del Estado a través de los actos realizados por sus individuos. De este modo, para una parte importante de la doctrina del momento, los Estados eran considerados los únicos receptores de los derechos y obligaciones emergentes de las leyes y costumbres de la guerra, por lo que los individuos no podían tener responsabilidad internacional por sus actos contrarios al derecho de guerra. Afirmaba Manner que “los acuerdos internacionales existentes relativos al desarrollo de las hostilidades, solo establecen la responsabilidad civil de las naciones por las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra cometidas por éstas o por sus miembros actuando en su representación. Consecuentemente, ni los individuos ni los Estados pueden incurrir en responsabilidad criminal en virtud del derecho internacional de la guerra.”<sup>30</sup>

Kelsen defendía la posibilidad de responsabilizar criminalmente tanto al Estado como al individuo, pero distinguía entre responsabilidad del Estado –*collective responsibility*–, y responsabilidad del individuo –*individual responsibility*– por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. De este modo, las clásicas sanciones del derecho internacional, esto es, las represalias y la guerra, se dirigían a los Estados constituyendo responsabilidad colectiva, mientras que las sanciones penales en sentido estricto se

---

<sup>27</sup> OPPENHEIM L., *International Law a Treatise*, 5th Ed., edited by H. Lauterpacht, Vol.II, 1935, pp. 453-454; La doctrina de los actos de Estado era defendida por la mayoría de la doctrina del momento, véase KELSEN H., “Collective...” op. cit., pp.538-544, MOORE J. B., *A Digest of International Law*, 1907, # 179; VERDROSS VON A, *Voelkerrecht*, 1937; MANNER G., “The Legal Nature of Punishment of Criminal Acts of Violence Contrary to the Law of War”, *American Journal of International Law*, vol. 37, 1943, pp.416-417; HALL W. E., “A Treatise...” op. cit., # 135, pp.496-497.

<sup>28</sup> KELSEN H., “Collective...” op. cit., p. 540.

<sup>29</sup> MANNER G., “The Legal Nature...” op. cit., p.416.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 407-408; en conformidad WRIGHT Q., “The Outlaw of War”, *American Journal of International Law*, vol. 19, 1925, p. 80; RENAULT L., “War and the Law of Nations in the Twentieth Century”, *American Journal of International Law*, vol. 9, 1915, p. 6.

dirigían a los individuos directamente responsables.<sup>31</sup> Esta tesis era también sostenida por Verdross que señalaba “las normas que obligan a individuos, sin perjuicio de que provengan de un Tratado internacional o de un órgano internacional, estipulan sanciones individuales –*individual sanctions*- (ejecución, sanción, coerción administrativa, medidas disciplinarias)”.<sup>32</sup> Para Lauterpacht, las leyes y costumbres de la guerra, así como cualquier otra norma de derecho internacional eran vinculantes no entre entes impersonales, sino entre seres humanos, por lo que la inmediata sujeción de los individuos a las normas de la guerra, implicaba una responsabilidad de tipo criminal.<sup>33</sup>

Una clara evidencia de que la posibilidad de responsabilizar y juzgar individualmente a miembros del enemigo era a fines de la I G.M al menos dudosa, la podemos encontrar en la designación -por parte de las Potencias Aliadas- de una Comisión Oficial Inter-Gubernamental con mandato para investigar e informar respecto de la responsabilidad de aquellos que habían iniciado la guerra, y de aquellos que había violado las leyes y costumbres de la guerra a los fines de su juzgamiento.<sup>34</sup> Sin embargo, los resultados obtenidos a lo largo de las conferencias de Paz de París de 1919-20 no lograron aclarar la cuestión relativa a la responsabilidad penal del Estado. Si bien se reconoció expresamente la posibilidad de responsabilizar y juzgar penalmente a miembros de las fuerzas del Eje por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, se intentó asimismo responsabilizar civilmente (compensaciones) y penalmente (juzgamiento del Kaiser) a los Estados vencidos sobre la base de alegaciones y consideraciones más políticas que jurídicas.<sup>35</sup>

### C) La excepción de orden superior

Asimismo, más allá del impedimento del acto de Estado, el procesamiento de individuos por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra en este período, se dificultaba ante la alegación de orden superior –*superior command*-.<sup>36</sup> La obediencia a las órdenes superiores es el primer deber de un soldado y es absolutamente necesario

<sup>31</sup> KELSEN H., “Collective...” op. cit., pp. 532-535; véase también KELSEN H., “Sanctions in International Law Under the Charter of the United Nations”, *Iowa Law Review*, vol. 31, 1945-1946, pp.499-543; KELSEN H., *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*, Fondo Económico de Cultura, México, 1943.

<sup>32</sup> VERDROSS VON A., “On the Concept of International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 43, 1943, pp.437-438.

<sup>33</sup> LAUTERPACHT H., “The Law of Nations...”, op. cit., pp. 64-65.

<sup>34</sup> “Comisión sobre las Responsabilidades de los Autores de la Guerra y sobre la Aplicación de Sanciones”; Véase BASSIOUNI C. M., “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997 pp. 15-18.

<sup>35</sup> De acuerdo a lo establecido en el artículo 227 del Tratado de Versalles el supuesto “crimen” por el que se acusaba el jefe del Estado Alemán era una “una ofensa suprema contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados” y en sus decisiones este Tribunal se verá guiado por los más altos motivos de las normas internacionales con vista a justificar las obligaciones de las garantías de los compromisos internacionales y de la validez de la moralidad internacional.

<sup>36</sup> OPPENHEIM L, 5th Ed. op. cit., #253, p454, [...In case members of the forces commit violations ordered by their commanders, the members may no punished, for the commanders are alone responsible, and the later may, therefore, be punished as war criminals on their capture by the enemy...].

para la disciplina militar. A pesar de que esta máxima no se encontraba recogida en las normas convencionales de la guerra, desde 1914 los manuales de guerra de las principales potencias comenzaron a incorporarla como regla de derecho consuetudinario de la guerra.<sup>37</sup> Sin embargo, y a pesar de que el principio de orden superior aparece en esta época como incuestionable, las dificultades de localizar las personas responsables de las autorizaciones a las violaciones de las leyes de la guerra, así como algunas importantes objeciones por parte de la doctrina, llevaron en muchos casos a la denegación de este tipo de defensa.<sup>38</sup> De todos modos, la práctica y la doctrina del momento situaba a la excepción de orden superior como una cuestión de derecho interno.<sup>39</sup>

El rechazo a considerar la criminalidad de aquellos actos que, aunque manifiestamente contrarios a las leyes y costumbres de la guerra, pero que por provenir de un acto de Estado u orden superior, no podían ser susceptibles de sanción, puso en evidencia luego de la I G.M, que dicha postura dejaba fuera del ámbito de la justicia y por ende objeto de impunidad, una gran cantidad de actos que en esencia constituían el grueso de los crímenes cometidos en tiempo de guerra. “Yo creo [señalaba Colby en 1925] que los crímenes de guerra no se deben principalmente a las variaciones de los individuos de los estándares aceptados, sino del veneno de la propaganda nacionalista que afecta a los individuos de un Estado desde el rango superior hasta el menor, impulsándolos por un lado a sus soldados a actuar de forma brutal contra el enemigo, y por otro lado dejando a los altos comandos y líderes nacionales de un Estado en el desesperado apuro de autorizar u ordenar formas y métodos de procedimiento que la civilización ya ha condenado desde hace mucho tiempo.”<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> MANNER G., “The Legal Nature...” op. cit., p.417; Rules of Land Warfare, U.S.A., para. 366; British Manual of Military Law, 1914, para. 443; German Military Penal Code, section 47, para. I.

<sup>38</sup> FINCH G. A., “Superior Orders and War Crimes”, *American Journal of International Law*, vol. 15, 1921, p.442 [...it will be for the court to decide whether a plea of superior orders is sufficient to acquit the person charged with responsibility...]; GARNER J. W., “Punishment...” op. cit., pp.85-87, citando doctrina francesa [...every person who has any share in the commission of a criminal act during war, the private soldier who commits it, the officer who delivers the order to him, the commander from whom it emanates, and even the chief of state who is ultimate responsible, may be tried and punished if found guilty...]; POLLOCK F., “The Work of the League of Nations”, *Law Quarterly Review*, vol. 35, 1919, pp.195-198 [...The mere habit of obedience and disposition to obey which are the result of discipline will not justify plainly criminal acts...]; COLBY E., “War Crimes”, *Michigan Law Review*, vol. 23, 1924-1925, pp. 606-610 [...This interpretation is valid as to what we may expect in the field and particularly in the way of enforcement by armies upon their own members. It is not, however, final...].

<sup>39</sup> MANNER G., “The Legal Nature...” op. cit., p. 418, [...the solution to this problem (superior command) must be sought in the applicable municipal regulations of the Powers rather than in an outright rejection of the rule...]; KELSEN H., “Collective...” op. cit., p. 556 [...The fact that an act is an act of State constitutes a problem of general international law which, as a rule, excludes individual responsibility for an act of State. That an act is performed at superior command, constitutes a problem of national criminal law (...). Prosecution and punishment of an individual by a court of the enemy for an act of which has the character of an act of State without the consent of the State responsible for the act is a violation of international law. Punishment of an individual for an act which has been performed at superior command may, or may not, be a violation of national law...]

<sup>40</sup> COLBY E., “War Crimes” op. cit., p.634.

### 3. El Concepto de crimen de guerra

Además de tener que superar, como hemos vistos, los condicionamientos del sistema clásico de derecho internacional, la idea del crimen de guerra se enfrentaba asimismo ante condicionamientos intrínsecos relativos a su vaguedad de contenido, así como los relativos a su naturaleza. De este modo, como se verá a continuación, tanto el derecho como la doctrina del momento evidenciaban algunas confusiones en torno al concepto de crimen de guerra.

#### A) Concepto y contenido

A través del análisis de los textos, tratados, documentos, y sentencias del momento, pueden encontrarse diferentes denominaciones de lo que *prima facie* parece referirse a los crímenes de guerra. Así, por ejemplo, se pueden citar denominaciones como “violaciones a las leyes y costumbres de la guerra”, “violaciones de leyes universalmente reconocidas”, “actos criminales de violencia cometidos por individuos en contravención con las reglas de la guerra”, “violación a reconocidas reglas de la guerra”, “actos en violación a las leyes de la guerra”, “ofensas contrarias a las leyes y costumbres de las prácticas civilizadas de la guerra”.

Estas diferencias conceptuales deben ser contextualizadas en una mayor imprecisión, relativa al contenido del crimen de guerra. En este sentido, señalaba Lauterpacht respondiendo a la pregunta sobre si toda violación de las reglas de guerra constituía en sí un crimen de guerra, que los textos y ocasionalmente los manuales militares y pronunciamientos oficiales, omitían en distinguir precisamente entre violaciones generales a las leyes de la guerra respecto de los crímenes de guerra propiamente dicho.<sup>41</sup> En la misma línea de razonamiento, Kelsen distinguía entre crimen de guerra en sentido amplio y crimen de guerra en sentido estricto. Crímenes de guerra en sentido amplio eran las violaciones al derecho internacional cometidas por los Estados o por individuos, como provocar o recurrir a la guerra; mientras que crimen de guerra en sentido estricto eran violaciones a las reglas de derecho internacional relativas a la guerra, que constituyen al mismo tiempo violaciones al derecho doméstico.<sup>42</sup>

La distinción entre violación general de las leyes y costumbres de la guerra y crimen de guerra (entendido este último como una violación de aquellas normas pero solo en razón de su atrocidad, brutalidad y desinterés por la vida humana), no fue precisado de manera clara ni por la doctrina ni por la práctica del momento. Más aún, los resultados de la

---

<sup>41</sup> Para este autor crímenes de Guerra en el sentido de la palabra [...may be defined as such offences against the law of war as are criminal in the ordinary and accepted sense of fundamental rules of warfare and of general principles of criminal law by reason of their heinousness, their brutality, their ruthless disregard of the sanctity of human life and personality, or their wanton interference with rights of property unrelated to reasonably conceived requirements of military necessity...] LAUTERPACHT H., “The Law of Nations...”, op. cit., pp. 77-79.

<sup>42</sup> KELSEN H., “Collective...” op. cit., p. 531-532.

Conferencia de Paz de París de 1919-1920 no hicieron más que traer mayor confusión respecto de esta cuestión.<sup>43</sup>

## B) Naturaleza Legal

Desde sus orígenes y hasta la irrupción de la II G.M, la naturaleza de los crímenes de guerra se debatió entre dos concepciones opuestas. Por un lado, una concepción que les atribuía una naturaleza doméstica, mientras que por otro una concepción que les atribuía una naturaleza internacional. Ninguna de estas concepciones logró establecer un sistema claro y coherente para identificar los actos delictivos, los posibles autores, y las autoridades de control y juzgamiento.

Mientras que las leyes y costumbres de la guerra prácticamente nacen y se desarrollan en la escena internacional, las primeras codificaciones de normas relativas a los crímenes de guerra y a su sanción nacen principalmente en las legislaciones militares de los diferentes Estados. Por ello, a lo largo de gran parte del período comprendido entre mediados del siglo XIX y hasta el fin de la I G.M, predominó la concepción mediante la cual las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra solo resultaban perseguibles en la medida en que la infracción se encontrase regulada por el derecho interno.

Manner defendía la naturaleza doméstica de los crímenes de guerra sobre la base de tres premisas básicas. En primer lugar “los individuos no eran sujetos de derecho internacional de la guerra”, ello implicaba “la inexistencia de crímenes de guerra internacionales”, y por ende que “los actos de violencia contrarios a las normas sobre la guerra debían ser perseguidos por los Estados”. En conformidad señalaba Garner que “la mayoría de los manuales de guerra y códigos criminales militares reconocen que ciertos actos cometidos por soldados en tiempos de guerra son crímenes ordinarios y estipulan la sanción de dichos actos, para el caso de que el acusado caiga en las manos de la autoridad”.<sup>44</sup>

Kelsen reconocía que el derecho internacional no determinaba directamente la pena o sanción a ser aplicada al infractor, pero que obligaba a los Estados a sancionar a los miembros de sus fuerzas armadas que violasen las normas de la guerra, y que facultaba a los beligerantes a juzgar a aquellos infractores del enemigo que pudieran caer en sus manos. Y concluía “si los crímenes en cuestión constituyen meramente infracciones al derecho doméstico, si su sanción no constituye una aplicación del derecho internacional, entonces difícilmente podríamos hablar de un crimen de guerra”.<sup>45</sup> Por su parte, señalaba Lauterpacht que “el hecho de que el derecho de las naciones pueda ser considerado como parte integrante del derecho doméstico del Estado beligerante en cuestión, es un

---

<sup>43</sup> Sostenía Lauterpacht: [...It is possible that one of the reasons for the failure to give effect to the decision to prosecute war criminals after the first World War was the extent to the list of offences as adopted by the Conference and the absence of a distinction between violations of international law and war crimes in the more restricted sense of the term...], LAUTERPACHT H., “The Law of Nations...”, op. cit., p.78.

<sup>44</sup> GARNER J. W., “Punishment...” op. cit., p.73.

<sup>45</sup> KELSEN H., “Collective...” op. cit., pp. 553-555.

aspecto importante pero de ningún modo esencial para consolidar el reclamo jurisdiccional del procedimiento para sancionar personas culpables de cometer crímenes de guerra”.<sup>46</sup>

#### **4. Normas jurisdiccionales sobre violaciones a las leyes y costumbres de la guerra**

De las diferentes referencias consultadas, se deriva que las normas sobre jurisdicción, relativas a las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, en el período comprendido entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX, obedecían a los siguientes parámetros:

A) Jurisdicción nacional respecto de los actos cometidos en su territorio o por sus nacionales en el extranjero:

En este caso se entiende que la soberanía del Estado le confiere la jurisdicción exclusiva tanto durante como después de la guerra. En principio, y en ausencia de reglas internacionales que demuestren lo contrario, como regla general los individuos de las fuerzas armadas de un Estado -durante y luego de las hostilidades- están sujetos a la exclusiva jurisdicción de sus autoridades nacionales con relación a los crímenes de guerra cometidos por ellos contrarios a las leyes de la guerra.<sup>47</sup> En este caso, según destacaba Kelsen, “el Estado en cuestión no solo tiene la facultad, sino la obligación de juzgar a sus propios criminales de guerra, lo que origina el correspondiente derecho del Estado perjudicado de demandarla”.<sup>48</sup> A pesar de las estipulaciones del Tratado de Versalles respecto del enjuiciamiento de presuntas violaciones a las leyes y costumbres de la guerra por parte del ejército Alemán durante la I G.M, ésta es la fórmula que finalmente se adoptó para procesar los crímenes perpetrados tanto en territorio Alemán como en territorio enemigo –especialmente Francia y Bélgica-, así como en aguas jurisdiccionales y en alta mar.<sup>49</sup>

Si bien la jurisdicción basada en la territorialidad o en la nacionalidad del autor es la opción lógica y natural de un sistema basado en la independencia y soberanía de los Estados, el juzgamiento de individuos por parte de la potencia vencida, basado en los vínculos mencionados, comenzó a ser cuestionado luego de la experiencia de la I G.M. Los pobres resultados obtenidos por parte del *Reishsgericht* Alemán en el curso de los juicios de Leipzig en 1921, reavivaron las posturas críticas hacia el derecho de la potencia vencida de juzgar los hechos ocurridos en su territorio, así como los hechos perpetrados por sus nacionales. En este sentido, sostenía Lauterpacht que “en el estado del derecho internacional existente [1944] es probablemente inevitable que el derecho de reprimir criminales de guerra deba ser unilateralmente asumido por parte del

<sup>46</sup> LAUTERPACHT H., “The Law of Nations...”, op. cit., pp.65-67.

<sup>47</sup> MANNER G., “The Legal Nature...” op. cit., p.420.

<sup>48</sup> KELSEN H., “Collective...” op. cit., p. 553.

<sup>49</sup> BASSIOUNI C. M., “From Versailles to...” op. cit., pp.11 y ss.; BATTLE G. G., “Trials Before the Leipzig Supreme Court of Germans Accused of War Crimes”, *Virginia Law Review*, vol. 8, 1921-1922, pp.1 y ss.

vencedor”.<sup>50</sup> Para Manner, sin embargo, el antiguo enemigo podía adquirir dicha jurisdicción cuando los crímenes fueran cometidos en su territorio o contra uno de sus nacionales en el extranjero, aunque –aclaraba– “el derecho convencional nada estipula en este caso”.<sup>51</sup>

B) Jurisdicción nacional respecto de actos cometidos fuera del ámbito territorial o contra sus nacionales:

Sostenía Manner que: “mientras nadie disputa el indudable derecho de una Nación de juzgar a sus propios sujetos por actos violatorios de las leyes de la guerra, se deduce que durante las hostilidades los beligerantes tienen, *mutatis mutandis*, un derecho de jurisdicción concurrente de juzgar a los enemigos capturados”.<sup>52</sup> En este sentido, afirmaba Garner que “prácticamente todas las autoridades están de acuerdo en que los soldados pertenecientes a la armada enemiga, pueden ser juzgados por las cortes del beligerante opuesto por crímenes cometidos en violación a las leyes de la guerra en el territorio de este último o contra las personas o propiedades de los nacionales del beligerante perjudicado, si los criminales caen en sus manos”.<sup>53</sup> Oppenheim definía a los crímenes de guerra como aquellos otros actos de hostilidad de soldados u otros individuos que pueden ser juzgados por el enemigo tras su captura.<sup>54</sup> Para Lauterpacht “La practica y la doctrina del derecho internacional así como el derecho doméstico de un numero considerable de Estados, reconoce que el beligerante se encuentra facultado a reprimir por crímenes de guerra a aquellos miembros de las fuerzas armadas del oponente que caen en sus manos”.<sup>55</sup>

A pesar de que este derecho era reconocido prácticamente por la totalidad de la doctrina, así como por la mayoría de las legislaciones militares de los Estados civilizados, existían diferencias en lo relativo a su justificación. Para Lauterpacht este derecho se basaba principalmente en el principio de la territorialidad, que se entendía al territorio ocupado, incluyendo no solo los bienes y personas de la potencia ocupante, sino también los bienes y personas de la potencia ocupada; así como en el derecho de reprimir los crímenes contra los intereses del Estado y de sus nacionales sin importar el lugar en que hayan sido cometidos.<sup>56</sup> Por su parte, para Glueck, en una visión del derecho norteamericano del momento, afirmaba que en caso de tratarse de una autoridad

---

<sup>50</sup> LAUTERPACHT H., “The Law of Nations...”, op. cit., p. 59; más adelante agrega: [... The preservation both of the substance and of the appearance of impartiality is of particular importance in view of the fact that, in the circumstances of the situation, there cannot be any identical right to punish any war criminals of the victor...] p.80.

<sup>51</sup> MANNER G., “The Legal Nature...” op. cit., p.421.

<sup>52</sup> *Ibidem* p. 421.

<sup>53</sup> GARNER J. W., “Punishment...” op. cit., pp. 75-76. Sin embargo, en el caso de crímenes cometidos en el extranjero contra soldados del beligerante perjudicado, no es tan clara la jurisdicción de este último. Citando a Renault diferencia aquellos actos cometido dentro o fuera de la zona de operaciones del ejército del beligerante que pretende ejercer su jurisdicción, otorgando la misma solo en el primero de los casos *Ibidem* p.78.

<sup>54</sup> OPPENHEIM L., *International Law...*, 5th Ed. op. cit., p. 452.

<sup>55</sup> LAUTERPACHT H., “The Law of Nations...”, op. cit., p. 61.

<sup>56</sup> *Ibidem* pp. 62-63.

militar (tribunal o comisión) no existían límites territoriales en tiempo de guerra, y agregaba: “cuando las fuerzas de la Nación afectada se encuentran en situación de ejercer justicia, deben tener el derecho de perseguir y sancionar los crímenes, independientemente de las teorías técnicas de jurisdicción basadas en relaciones normales de paz y en concepciones de soberanía”.<sup>57</sup>

Otro punto de discusión versaba sobre el carácter civil o militar que debía revestir el tribunal. En su informe final de 1919, la Comisión sobre las Responsabilidades de los Autores de la Guerra y sobre la Aplicación de Sanciones -luego de reconocer el derecho de cada beligerante de juzgar individuos presuntamente responsables de violaciones a las leyes y costumbres de la guerra- establecía que “...cada beligerante posee, o tiene la facultad de establecer, de conformidad con su propia legislación, un tribunal apropiado, civil o militar, para el juzgamiento de dichos casos”.<sup>58</sup> En el contexto del momento, la jurisdicción militar resultaba la más justificable, no solo por la atmósfera bélica de la primera mitad del siglo XX, sino por la incorporación y codificación por la mayoría de los Estados de las leyes y costumbres de la guerra a través de la legislación militar. Asimismo, las bases jurídicas para sostener la jurisdicción de un tribunal nacional civil sobre un hecho cometido por un no-nacional en el extranjero, resultaban en dicho momento difícil de sostener, principalmente para los sistemas del derecho común - *common law*-.<sup>59</sup> En este sentido, apuntaba Finch que “la máxima autoridad en los Estados Unidos ha declarado como principio de derecho internacional que los tribunales locales territoriales no tienen jurisdicción para juzgar a miembros del enemigo por actos cometidos durante y luego de las operaciones bélicas, incluso cuando dichos actos comprendan un crimen de guerra o se alegue que hayan sido cometidos en violación a las leyes de la guerra”.<sup>60</sup>

Por su parte, Glueck no solo se manifestaba por el necesario carácter militar del tribunal, sino que además defendía la conveniencia de utilizar comisiones militares. “Las violaciones a las leyes y usos de la guerra son militares en su naturaleza y por lo tanto se encuentran peculiarmente dentro de la competencia de las comisiones militares”.<sup>61</sup> Para Lautepacht la jurisdicción militar exclusiva se justificaba durante el transcurso de las hostilidades, pero no resultaba tan obvia luego del cese de las hostilidades respecto de personas no capturadas durante el trascurso de las operaciones

<sup>57</sup> GLUECK S., “By What Tribunal Shall War Offenders be Tried?” *Nebraska Law Review*, vol. 24, 1945, pp. 1063-1067.

<sup>58</sup> Comisión sobre Responsabilidades de la Primera Guerra Mundial, reimpresso en: “Commission on The Responsibility of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties”, Report Presented to the Preliminary Peace Conference March 29, 1919, *American Journal of International Law*, vol. 14, 1920, p. 85.

<sup>59</sup> BECKETT W. E., “The Exercise of Criminal Jurisdiction over Foreigners”, *British Yearbook of International Law*, vol. 6, 1925, pp. 44-60.

<sup>60</sup> FINCH G. A., “Jurisdiction of Local Courts to Try Enemy Persons For War Crimes”, *American Journal of International Law*, vol. 14, 1920 p. 223; GLUECK S., “By What Tribunal...” op. cit., p. 1062.

<sup>61</sup> GLUECK S., “By What Tribunal...” op. cit., pp. 1064-1065, en una postura más cautelosa sostenía Picciotto: [...In all such cases of War Crimes the belligerent may deal direct with the offender –that is, punish him after trial. But only after trial; there must no be summary punishment, such as is too often only the lynch law of an unregulated horde...] en PICCIOTTO C., “War Crimes”, *International Law Notes*, vol. 1, 1919, p.69.

militares, sino entregadas por el enemigo o por Estados neutrales con posterioridad a la firma del armisticio.<sup>62</sup> En sentido muy similar se expresaba Kelsen, con la excepción de que para este autor la jurisdicción militar solo era aplicable a los prisioneros de guerra, por lo que luego del armisticio debía existir el asentimiento expreso del Estado al cual pertenecía el prisionero para poder llevar a cabo su juzgamiento; de otro modo se debía optar por su inmediata liberación.<sup>63</sup> Por su parte, Manner directamente rechazaba la jurisdicción civil o militar una vez terminadas las hostilidades: “La jurisdicción de posguerra sobre crímenes de guerra cometidos por miembros de las fuerzas armadas de un Estado pertenece exclusivamente a los tribunales de la nacionalidad del acusado”.<sup>64</sup>

### C) Jurisdicción de un Tribunal Penal Internacional:

Sostenía Kelsen que “no puede existir duda de que un tribunal internacional es mucho más adecuado para juzgar criminales de guerra que los tribunales nacionales, sean civiles o militares. Más allá de las mejores garantías de justicia internacional, el Tratado constitutivo de la jurisdicción internacional puede, a diferencia de las jurisdicciones nacionales, sobreponerse a las excepciones del acto de Estado, así como de la alegación de orden superior”.<sup>65</sup> La jurisdicción internacional es la forma más idónea de juzgar los crímenes de guerra, señalaba Bellot, puesto que “una vez conseguida la paz no existe más jurisdicción. Los Tribunales Militares pierden su jurisdicción y los Tribunales Civiles no tienen jurisdicción”.<sup>66</sup> De este modo, para Glueck este tipo de jurisdicción permitía al Tribunal ejercer su jurisdicción sobre crímenes de guerra sin importar el lugar de comisión o la nacionalidad de la víctima o del acusado, y agregaba “todas las naciones civilizadas poseen gran interés en ver que se reivindica el derecho de las naciones, y teniendo en cuenta que la corte representaría una gran porción de los países del mundo (teóricamente todos ellos) su administración de justicia no podría considerarse ni territorial ni extranjera, o dentro o fuera de los límites de cualquier Estado soberano en particular”<sup>67</sup>.

Sin embargo, el problema de un Tribunal Penal Internacional, en particular con relación al castigo de crímenes de guerra, ya había sido objeto de discusión en reiteradas ocasiones antes y después de la I G.M.<sup>68</sup> Asimismo, una parte importante de la doctrina

---

<sup>62</sup> LAUTERPACHT H., “The Law of Nations...”, op. cit., p. 82.

<sup>63</sup> KELSEN H., “Collective...” op. cit., pp. 559-563.

<sup>64</sup> MANNER G., “The Legal Nature...” op. cit., p. 425.

<sup>65</sup> KELSEN H., “Collective...” op. cit., pp. 562-571.

<sup>66</sup> BELLOT H., “War Crime; Their Prevention and Punishment”, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 2, 1917, pp. 31-55.

<sup>67</sup> GLUECK S., “By What Tribunal...” op. cit., p. 1087.

<sup>68</sup> El proyecto presentado por Gustave Moynier de crear una jurisdicción penal internacional para la violaciones de la Convención de Ginebra de 1864, véase HALL C. K., “La Primera Propuesta de Creación de un Tribunal Penal Internacional Permanente”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 145, 1998, pp. 63-82; Propuesta mayoritaria de establecimiento de un Tribunal “Superior” de la Comisión sobre Responsabilidades de la Primera Guerra Mundial, véase: “Commission on The Responsibility of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties”, Report Presented to the Preliminary Peace Conference March 29, 1919, *American Journal of International Law*, vol. 14, 1920, pp. 121-123; véase también “Report of the Permanent International Court Committee”, *International Law Association Thirty-Fourth Report* (1926); Propuesta de un proyecto de una Corte Internacional Suprema de Justicia al

expresaba su escepticismo sobre la posibilidad política y jurídica de constituir dicho tribunal. Señalaba Manner que “no existe al presente [1943] ni el derecho penal sustantivo, ni el adecuado tribunal penal para procesamientos internacionales de posguerra contra Estados o individuos acusados de actos provocativos de guerra o de actos criminales de violencia cometidos contrariamente a las leyes y costumbres de la guerra.<sup>69</sup> En una postura similar se manifestaba Lauterpacht, con argumentos más pragmáticos que jurídicos, para quién el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional no era una tarea que pudiera realizarse dentro de un período razonablemente corto de tiempo.<sup>70</sup>

#### D) Jurisdicción universal:

Los orígenes de la jurisdicción sobre crímenes de guerra, según Cowles, debían buscarse en la antigua práctica del bandolerismo –*bigandage*-.<sup>71</sup> Tras describir la práctica y las diferentes formas de bandolerismo, este autor llegaba a la conclusión de que el bandolerismo y la piratería constituían prácticas con características muy similares, cuya mayor diferencia radicaba en el lugar de las operaciones, es decir, en tierra firme y en el mar respectivamente. “Ambos provienen del hecho fundamental de la falta de control gubernamental en las áreas de sus operaciones”.<sup>72</sup>

En lo que respecta a los actos de piratería y los crímenes de guerra, escribía Cowles, “no existe con frecuencia un sistema policial o judicial bien organizado en el lugar donde los actos son cometidos, y ambos, los piratas y los criminales de guerra, toman provecho de la situación, esperando cometer sus crímenes con total impunidad”.<sup>73</sup> Teniendo en cuenta esta característica, y basándose en escritos del siglo XIX, concluye este autor que “hasta el presente siglo [siglo XX], los criminales de guerra, sean miembros de fuerzas regulares o irregulares, han sido tradicionalmente llamados bandoleros –*brigands*-, y por lo tanto el origen del derecho sobre los crímenes de guerra se encuentra en el derecho referente al bandolerismo”.<sup>74</sup>

Evidentemente, como demuestra Cowles con sólidos argumentos y abundantes citas bibliográficas, entre otros de Grocio, Pufendorf, Ayala o Gentili, existe una íntima

Comité Asesor de Juristas de La Haya, véase PHILLIMORE L., “An International Criminal Court and the Resolutions of the Committee of Jurists”, *British Yearbook of International Law*, vol. 3, 1922-1923, pp. 79-86.

<sup>69</sup> MANNER G., “The Legal Nature...” op. cit., p. 432; asimismo agregaba [...the Paris Peace Conference rejected the claim that war crimes are international penal offences triable in municipal tribunal or in an international penal court. For this reason, the penal clauses of the treaties of peace of 1919-1920 do not furnish a precedent for international post-war proceedings against war criminals as the Commission on Responsibilities intended they should do...] p.427.

<sup>70</sup> LAUTERPACHT H., “The Law of Nations...”, op. cit., p. 81.

<sup>71</sup> COWLES W., “Universality of Jurisdiction over War Crimes”, *California Law Review*, vol. 33, 1945, p. 181.

<sup>72</sup> *Ibidem* pp.189-193.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p.194.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p.216.

relación entre el bandolerismo y la piratería.<sup>75</sup> Sin embargo, esta relación no resulta tan evidente en el caso de estos últimos crímenes y los crímenes de guerra, o al menos no hasta el extremo de definir a los crímenes de guerra como “aquellos actos de bandolerismo realizados en tiempos de guerra”. Existía ya, en dicho momento, un buen número de situaciones de abusos o violaciones a las leyes y costumbres de la guerra que no necesariamente cuadraban dentro de las situaciones o características del bandolerismo o la piratería. Quizás la causa de tal confusión se deba a la tendencia, habitual en dicho momento histórico, a identificar el crimen de guerra como aquellos actos realizados sin un control estatal o por parte de la cadena de mando militar.

## **5. Jurisprudencia**

Con anterioridad a la finalización de la I G.M, los antecedentes sobre juzgamientos de criminales de guerra por parte de tribunales internacionales son prácticamente nulos.<sup>76</sup> Las principales referencias jurisprudenciales en este período son en general respecto de casos resueltos por tribunales nacionales, y en su gran mayoría versando sobre aspectos generales del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal por parte de los Estados soberanos.<sup>77</sup>

Si bien, tras la finalización de la I G.M, el Tratado de Paz de Versalles estableció disposiciones para llevar adelante el juzgamiento de los responsables de la guerra, dicha tarea nunca se pudo llevar a cabo. En lo que respecta al Kaiser Guillermo II, porque el mismo buscó asilo en Los Países Bajos y este último Estado se negó a entregarlo. En lo que respecta al resto de los responsables, finalmente el juzgamiento se llevó a cabo ante autoridades alemanas, bajo la jurisdicción de Tribunal Supremo –*Reichsgericht*- en lo que se denominó los juicios de Leipzig. No obstante, las conclusiones de dichos procesos poco aportaron en relación a la jurisdicción de los Estados en materia de crímenes de guerra, o en el último de los casos, solo sirven para confirmar el carácter territorial de la misma.

En una de las más importantes cuestiones resueltas a lo largo de su corta existencia, el Tribunal Internacional Permanente de Justicia (TIPJ), sentó un importante precedente en lo relativo al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por parte de los Estados soberanos, que hoy día, algunos suelen denominar como el “principio del asunto *Lotus*”. Tras una colisión de un buque de bandera francesa (el *Lotus SS*), contra un buque de bandera turca, en alta mar, el gobierno turco decide someter a juicio a los tripulantes

---

<sup>75</sup> [...] la figura del bandolero, por la forma de comisión del delito de bandas armadas, por el móvil de subversión social y quizás también por su actuación sistematizada, que llega a producir un resultado de alarma y terror en la población, bien pudiera recordar la del actual terrorista...] LAMARCA PÉREZ C., *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p.100.

<sup>76</sup> Se podría citar el llamado juicio de Breisach en 1474. Sin embargo, este proceso no representó mayores aportes en lo relativo a la jurisdicción. Véase: SCHWARZENBERGER G., “International Law...” op. cit., pp. 462-466.

<sup>77</sup> COOK W. W., “The Application of the Criminal Law of a Country to Act Committed by Foreigners Outside the Jurisdiction”, *West Virginia Law Quarterly*, vol. 40 n° 4, 1934, pp. 303-329; BECKETT W. E., “The Exercise...” op. cit., pp. 44-60.

franceses, al atracar estos últimos en puertos trucos. El asunto es remitido de común acuerdo al TIPJ en 1927 solicitando en términos generales la resolución sobre la legalidad de la jurisdicción de los tribunales turcos para juzgar a ciudadanos franceses por hechos ocurridos en alta mar. En una decisión resulta por la mínima diferencia el TIPJ falla a favor de Turquía estableciendo que: “el derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. Las reglas del derecho que obligan a los Estados emanan, por lo tanto, de su propia voluntad libremente expresada en las convenciones o por los usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho que han sido establecidos con el fin de regular las relaciones entre estas comunidades coexistentes e independientes o con el fin de conseguir fines comunes. Por lo tanto, no se pueden presumir las limitaciones a la independencia de los Estados”. Por ello el derecho internacional le deja a cada Estado “un cierto grado de discreción que solo es limitado en ciertos casos mediante normas prohibitivas”.<sup>78</sup>

## II. EL FIN DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL Y EL JUICIO DE NUREMBERG

### 1. Las instancias previas al establecimiento del tribunal

A pesar de los intentos frustrados al fin de la I G.M, de castigar los crímenes cometidos durante la primera guerra total europea, se podría afirmar que ello sirvió para que ante las primeras señas de la crueldad del régimen Nazi, las potencias Aliadas reaccionaran rápidamente y comenzaran, ya en 1941, a hablar sobre la necesidad de castigar las atrocidades del Eje una vez terminado el conflicto. De este modo, en el año 1942 -reunidos en el Palacio de *St. James*- los Aliados firmaron una Declaración<sup>79</sup> con el fin de que aquellos culpables o responsables, cualquiera fuera su nacionalidad, fueran buscados, entregados a la justicia y juzgados, y para que las sentencias pronunciadas pudieran llegar a ser cumplidas. Asimismo, las Potencias reunidas acordaron constituir una comisión con el fin de elaborar una lista de responsables que debían ser juzgados al finalizar el conflicto, denominada “Comisión de las Naciones Unidas sobre los Crímenes de Guerra” (CNUCG)<sup>80</sup>.

Durante el transcurso de las hostilidades, y más concretamente durante la ocupación alemana, la CNUCG contó con escaso apoyo político y económico de los Estados allí representados. Consolidado el avance Aliado y el inminente fin de las hostilidades, la CNUCG comenzó a recibir un mayor apoyo lo que le permitió elaborar 8178 expedientes.<sup>81</sup> Asimismo, la CNUCG realizó un importante trabajo en la tarea de definir

<sup>78</sup> *Permanent Court of International Justice; Affair SS Lotus (France v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser.A) No. 10, p.18.*

<sup>79</sup> Declaración de St. James firmada en el Reino Unido el 13 Enero de 1942 por los representantes de los gobiernos de Bélgica, Checoslovaquia, Francia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Polonia y Yugoslavia.

<sup>80</sup> United Nations War Crimes Commission, *History of The United Nations War Crimes Commission and the Development of the Law of War 1948*, 89-92.

<sup>81</sup> BASSIOUNI C. M., “From Versailles to...” op. cit., pp.21-23.

el concepto de crimen de guerra, mediante la enumeración de crímenes específicos. Para la CNUCG la definición del crimen de guerra como la violación del derecho de guerra limitaba demasiado su aplicación, por lo que abogó por un concepto más inclusivo, teniendo en cuenta como base legal la llamada *Cláusula Martens*, inserta en el preámbulo del Convenio IV de La Haya de 1907.<sup>82</sup> No obstante, la falta de vínculo ente la CNUCG y los Tribunales Militares de posguerra, así como el retiro del apoyo de los EEUU como consecuencia del inicio de los procedimientos en Nuremberg, provocaron que la CNUCG desapareciera rápidamente para 1945.

De forma paralela al trabajo de la CNUCG, los cuatro aliados principales firmaron una Declaración relativa a la persecución y sanción de criminales de guerra, particularmente los líderes Nazis, conocida como la Declaración de Moscú de 1943, en la que al mismo tiempo sentaron las bases de una organización internacional para mantener la paz y la seguridad. La Declaración recogía la intención de los Aliados de juzgar a los responsables sobre la base de un sistema dual. Por un lado, los criminales responsables en general, describía el texto, “serán mandados a los países en los cuales se desarrollaron sus abominables actos para que éstos puedan ser juzgados y condenados” en una clara adhesión al principio de la territorialidad. Por otro lado, en lo que respecta a los autores principales, el texto estipulaba que sus “actos no tienen una localización geográfica determinada” y serían por lo tanto “condenados mediante una decisión conjunta de los gobiernos de los Aliados”.<sup>83</sup>

Dos años más adelante, los representantes del Reino Unido, Francia, la Unión Soviética, y los Estados Unidos, se reunieron en Londres a los efectos de implementar la declaración de Moscú. Como resultado, el 8 de agosto de 1945 se firmó el Tratado de Londres, estableciendo un Tribunal Militar Internacional (TIMN). En uno de sus anexos se establecieron las bases del nuevo tribunal en lo que posteriormente se denominó “el Estatuto de Nuremberg”<sup>84</sup>. Asimismo, en virtud de la rendición incondicional de Alemania, los Aliados en calidad de ocupantes ejercieron facultades soberanas para sancionar la Ley del Consejo de Control Aliado N° 10 que permitía a los vencedores juzgar a los nacionales de Alemania en sus respectivas zonas de ocupación. Tal como surgía de la Declaración de Moscú, el juzgamiento de criminales menores se realizaría

---

<sup>82</sup> El octavo párrafo del preámbulo del Convenio de La Haya de 1907 "Mientras se conforma un código más completo de las Leyes de la Guerra, las Altas Partes Contratantes consideran oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las Naciones civilizadas, por las Leyes de la Humanidad y por las exigencias de la conciencia pública".

<sup>83</sup> Declaración de Moscú de octubre 3 de 1943 entre los gobiernos del Reino Unido (W. Churchill), la Unión Soviética (J. Stalin), y los Estados Unidos (F. Roosevelt), texto en reimpresso en 38 *American Journal of International Law* 1944 p.5 y ss.; véase también BASSIOUNI C. M., “From Versailles to...” op. cit., pp.23-29; DONNEDIEU DE VABRES H., “Le Procès de Nuremberg Devant les Principes Modernes du Droit Pénal International”, *Recueil des Cours*, 1947-I, vol. 70, pp.481-487.

<sup>84</sup> Charter of the International Military Tribunal, 59 Stat. 1544, 1546, United Nations Treaty Series 279-284; El texto del Estatuto así como los principios sentados en la sentencia fueron posteriormente ratificados la Asamblea de las Naciones Unidas como principios de derecho internacional, *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II.

sobre la base del principio de la territorialidad<sup>85</sup>, por lo que la actuación de estos tribunales no representa mayores inconvenientes a los efectos del presente trabajo. Sin embargo, en lo que respecta a los autores principales, el carácter internacional del tribunal, así como la frase contenida en la Declaración de Moscú “actos que no tienen una localización geográfica determinada”, proveyó al tribunal una base jurisdiccional atípica y sin precedentes, que se intentará analizar a continuación.

## 2. Las bases legales del tribunal

### A) Composición

El proceso se desarrolló entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946 en el Palacio de Justicia de la ciudad de Nuremberg. El tribunal quedó constituido por cuatro jueces procedentes de las cuatro potencias principales que habían intervenido en la guerra, mientras que la fiscalía quedó en manos del Juez Jackson. El total de acusados presentes ante el TMIN fue de 21 personas, cuyas caras principales fueron las Göring, Hess y Von Ribbentrop. La ausencia en el tribunal del *furher* y de sus más allegados jerarcas se debió a la muerte o fuga de la gran mayoría, pero no a impedimentos de excepciones o inmunidades. A pesar de su vigencia, de conformidad con el derecho internacional del momento, el Estatuto y los miembros del tribunal dejaron bien claro desde un principio que las excepciones de actos de Estado y de orden superior no impedirían ni el juzgamiento ni la responsabilidad de los acusados.<sup>86</sup>

### B) Responsabilidad individual

Como hemos visto anteriormente, la idea central en el derecho previo a Nuremberg en materia de crímenes de guerra era que solo los Estados podían ser considerados responsables en virtud del derecho internacional por crímenes de guerra, y que dicha responsabilidad era básicamente de tipo pecuniaria. La responsabilidad individual por crímenes de guerra derivaba de la libertad del Estado de juzgar individuos por actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra. Se trataba de una función extraordinaria y opcional de jurisdicción militar (por ende un ejercicio de soberanía nacional), más que la aplicación de la responsabilidad individual en derecho internacional.<sup>87</sup>

Sin embargo, tanto el Estatuto como la sentencia de Nuremberg establecieron importantes disposiciones relativas a la responsabilidad individual. La primera y más importante evidencia de ello reside en el hecho de que 21 individuos fueron juzgados y

<sup>85</sup> Al respecto sostenía Röling [...The Moscow Declaration, apart from its provision regarding major war-criminals, had in mind the principle of territoriality: the place where the deed would determine the jurisdiction. This principle of territoriality fitted very well into the continental theory about war crimes...], RÖLING B.V.A., “The Law of War and the National Jurisdiction since 1945”, *Recueil des Cours*, 1960-II p.357.

<sup>86</sup> Para mayores detalles véase; TAYLOR T., *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, New York, Knopf Ed., 1992; MARRUS M., *The Nuremberg War Crimes Trials, 1945-46: A Documentary History*, The Bedford Series in History and Cultures, St. Martin’s Press, Boston, 1997.

<sup>87</sup> SUNGA L. S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp.30-36.

condenados.<sup>88</sup> Pero ello no constituía en sí una novedad con relación al derecho existente, sino por el hecho de haber responsabilizado a tales individuos por actos que manifiestamente quedaban incluidos dentro del calificativo de “actos de Estado”. A diferencia del anterior intento frustrado de juzgar al Kaiser Guillermo II no solo en esta oportunidad se logró llevar a algunos responsables ante el estrado, sino que además tanto el Estatuto como el TMIN en su sentencia lograron definir, fundamentar e implementar la idea de guerra de agresión o tal como se la definió “crimen contra la paz”.<sup>89</sup>

Por su parte, el TMIN dijo en la sentencia: “se ha argumentado que el derecho internacional involucra las acciones de los Estados soberanos, y que no establece sanciones para los individuos; asimismo, se ha argumentado que cuando el acto en cuestión es un acto de Estado, aquellos que los llevan a cabo no son personalmente responsables sino que se encuentran protegidos por la doctrina de la soberanía de los Estados. En opinión del Tribunal, ambos argumentos deben ser rechazados. Que el derecho internacional haya impuesto derechos y responsabilidades tanto entre individuos como entre Estados ha sido reconocido desde hace mucho tiempo...”.<sup>90</sup> Esta conclusión también fue seguida por las diferentes instancias de juzgamientos de criminales del régimen Nazi.<sup>91</sup>

En realidad, y salvo algunas excepciones, la doctrina internacionalista en los diferentes escritos de posguerra, ha sostenido que la imposición de la responsabilidad individual por parte del Estatuto de Nuremberg no obedeció a una codificación de derecho

---

<sup>88</sup> Los acusados fueron seleccionados entre los ochocientos altos jefes detenidos en los últimos días de la guerra. La lista, al final, quedó reducida a 24 nombres, aunque el tribunal solo abrió la causa contra 22, porque la acusación contra Gustav Krupp se sobreesió por su avanzada edad y mala salud y porque Robert Ley, responsable de los campos de trabajo, consiguió suicidarse. Ante el tribunal se presentó todavía uno menos, ya que Martin Borman sería juzgado en rebeldía porque aun no se había confirmado su muerte en la batalla de Berlín (el total de acusados presentes en Nuremberg fue de 21 personas). Se dictó sentencia el 1 de octubre de 1946, los jueces hallaron a 19 de los 22 acusados culpables de alguno de los cargos que se les imputaban. Hess, Raeder y Funk fueron condenados a cadena perpetua; Speer y Schirach fueron condenados a veinte años; Neurath a quince años; Doenitz a diez años. Condenados a morir en la horca: Göring, Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frank, Frick, Streicher, Seyss-Inquart, Sauckel, Jodl, Bormann (fue condenado en ausencia puesto que se hallaba prófugo). En lo que respecta a los acusados Schacht, Fritzsche y Von Papen fueron absueltos. Concluido el juicio, las autoridades norteamericanas juzgarían a 199 personas más, acusadas de actividades criminales durante la guerra, entre 1945 y 1949 en el Tribunal de Nuremberg. De ellos, 38 fueron absueltos, 36 condenados a muerte (de los que 18 fueron ejecutados), 23 a cadena perpetua y 102 a condenas menores.

<sup>89</sup> GLUECK S., “The Nuremberg Trial and Aggressive War”, *Harvard Law Review*, vol. 59, 1945-1946, pp.396-456.

<sup>90</sup> International Military Tribunal (Nuremberg), “Judgment and Sentences”, *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, También en <http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment/>

<sup>91</sup> BRAND G., “The Nature of War Crimes Trials and the Law of War”, *British Yearbook of International Law*, vol. 26, 1949, pp.414-427; COWLES W., “Trials of War Criminals (Non-Nuremberg)”, *American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, pp. 299-319.

preexistente, sin perjuicio de que el presente constituye un principio general de derecho internacional.<sup>92</sup>

### C) Excepción de Orden Superior

En lo que respecta a la defensa de orden superior, las disposiciones del Estatuto probablemente hayan confirmado una tendencia que ya se había comenzado a afianzar en la doctrina de entre guerra, y tímidamente en algunas de las sentencias de los juicios de Leipzig; esto es, que la orden superior no proporciona una inmunidad absoluta. De conformidad con el artículo 8 del Estatuto “el hecho de que el defendido haya actuado de acuerdo a una orden de su gobierno o de un superior, no le eximirá de responsabilidad, pero podrá considerarse como una circunstancia atenuante de la condena si el tribunal determina que la justicia así lo requiere”.

En opinión de Schwarzenberger, la fórmula que el Tribunal de hecho aplicó, y que derivaba de la práctica general de los Estados, era “si la elección moral era en realidad posible”.<sup>93</sup> Sin embargo, para este autor el derecho de los Estatutos de Nuremberg y Tokio fue más indulgente que lo requerido por el derecho de guerra, puesto que, como destacaba, desde el “juicio de *Hagenbach*, el derecho internacional y quasi-internacional no requiere que este tipo de defensa sea tenida en cuenta en absoluto”.<sup>94</sup> En sentido similar sostenía Brand que “con respecto a la excepción de orden superior el punto que se ha adoptado generalmente por los tribunales ha sido el de tomar en consideración la excepción sólo si la orden en cuestión era conocida por parte del acusado como práctica ilegal de conformidad con el derecho internacional y si no era tan claramente ilegal o de tal naturaleza que debió haber reconocido su ilegalidad”.<sup>95</sup>

### D) Jurisdicción

En general, cuando se hace referencia a la jurisdicción del tribunal se suele citar el artículo 6 del Estatuto que establecía: “El tribunal tendrá el poder de juzgar y sancionar personas que, actuando en interés de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones, cometan cualquiera de los siguientes crímenes. a) Crímenes contra la paz. b) Crímenes de guerra. c) Crímenes contra la humanidad...”<sup>96</sup> En

<sup>92</sup> FITZMAURICE G., “The Judicial Clauses of the Peace Treaties”, *Recueil des Cours*, 1948-II vol. 73 p.266; BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, 4th, 1990, p.562; DISNTEIN Y., “International Criminal Law”, *Israel Law Review*, vol. 20, 1985 pp. 206.242.

<sup>93</sup> SCHWARZENBERGER G., “The Judgment of Nuremberg”, *Tulane Law Review*, vol. 21, 1947, p.355.

<sup>94</sup> SCHWARZENBERGER G., *International Law, The Law of the Armed Conflicts* vol. II, Stevens & Sons Limited, London, 1968, pp. 516-517, [...Apparently contrary dicta in the practice of pre-1914 international arbitration –the cases of the Casablanca Deserters (1909) and Representatives of Elizabeth Cadenhead (Great Britain) v. United States (1914)- are irrelevant...].

<sup>95</sup> BRAND G, “The Nature of War Crimes...” op. cit., p.416.

<sup>96</sup> Reimpreso en; Estatuto de la Corte Penal Internacional: estatutos de los Tribunales Internacionales de Nuremberg (1945) a Sierra Leona (2002), Equipo Nizkor, Madrid, 2002; Sobre la base de estas disposiciones la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas formuló posteriormente dos proyectos de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. Véase “Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind 1954” *Yearbook of the International Law*

sentido estricto lo que recoge la norma citada es lo que se suele llamar jurisdicción material *-ratione materiae-* y jurisdicción personal *-ratione personae-* o dicho en otras palabras, sobre quién, y sobre qué delitos tenía competencia el tribunal. Pero ni el artículo 6, ni el Estatuto en general, establecían las bases sobre las cuales las potencias que integraban el tribunal ejercían la facultad de juzgar a miembros del enemigo.

Sin embargo, con posterioridad al proceso de Nuremberg, en un sector importante de la doctrina -respaldada por algunos pronunciamientos judiciales nacionales de gran repercusión- cobró gran trascendencia la tesis que sostenía el innegable apoyo por parte de los Aliados al principio de la jurisdicción universal.<sup>97</sup> En este sentido, afirmaba Brand que “la doctrina de la universalidad de jurisdicción sobre los crímenes de guerra se encuentra en la actualidad generalmente aceptada”. Para este autor este fenómeno se había generado al tener en consideración el crimen en sí mismo en lugar de la nacionalidad de la víctima, la nacionalidad del acusado o el lugar de los hechos.<sup>98</sup> Es decir, lo que justifica la persecución universal es el de delito *per se*, una vez verificado el hecho toda autoridad posee un interés legítimo sin necesidad de demostrar un vínculo determinado. Al parecer esta es la postura que más ha proliferado, al menos en la doctrina, en el desarrollo del derecho internacional penal de posguerra.<sup>99</sup> Sin embargo, las cortes y tribunales se han mostrado más renuentes a basar su jurisdicción estrictamente en el principio de la universalidad; mientras que los instrumentos internacionales han optado en su gran mayoría por los vínculos jurisdiccionales clásicos.

Para Schwarzenberger, las características del TMIN fueron las de un tribunal militar ad-hoc, con restricciones respecto a la aplicación del derecho internacional consuetudinario limitado por el derecho constitutivo de su Estatuto, y con un carácter internacional más

---

*Commission*, 1954, vol. II, y “Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind 1996” *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II.

<sup>97</sup> RANDALL, K. C., “Universal Jurisdiction...” op. cit., pp.789, 800-815, sin embargo, éste autor aclara que: [...while many sources view the IMT’s proceedings as being partly based on the universality principle, the IMT’s judgment and records actually evidence little or no explicit reliance on the universal jurisdiction...]; SCHACHTER O., *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp.267-268; MERON T. “Is International Law Moving towards Criminalization?” *European Journal of International Law*, vol. 9 nº 1, 1998, p.22; También en decisiones de la Corte de Distrito de Israel, “Eichman Case”, *International Law Reports*, vol. 36, pp.5 y ss.; SHWARZEMBERGER G., “The Eichman Judgment”, *Current Legal Problems*, vol. 15, 1962, pp.248 y ss.; “Demjanjuk Case”, *International Law Reports*, vol. 79, p.534 y ss.; REISS R. H., “Extradition of John Demjanjuk: War Crimes, Universality Jurisdiction, and the Political Offense Doctrine”, *Cornell International Law Journal*, vol. 20, 1987, pp.281 y ss.

<sup>98</sup> BRAND G., “The Nature of War Crimes...” op. cit., p.416.

<sup>99</sup> PAUST J., “Universality and the Responsibility to Enforce International Criminal Law; No U.S. Sanctuary for Alleged Nazi War Criminals”, *Houston Journal of International Law*, vol. 11, 1988-1989 pp. 337-344.; BASSIOUNI C. M., *International Criminal Law*, Volume I, Second Edition, edited by M. Cherif Bassiouni, Transnational Publishers, 1999; RATNER S. & ABRAMS J., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Second Ed., Oxford University Press, 2001; Amnesty International, *Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation*, Sep. 2001, AI Index IOR 53/2001; International Law Association, *Final Report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences*, London Conference, 2000.

en su forma que en su sustancia.<sup>100</sup> El carácter militar del tribunal facilitaba la justificación de la jurisdicción del tribunal, puesto que, como hemos visto, el derecho internacional consuetudinario del momento permitía juzgar a personas acusadas de cometer crímenes de guerra por parte de los tribunales militares de la potencia beligerante, especialmente en el caso de ocupación. Las limitaciones en cuanto al derecho aplicable permitían al tribunal la aplicación de su Estatuto constitutivo que incluía leyes *ex post facto*. El carácter internacional permitía la coordinación de las acciones de los cuatro aliados firmantes del Tratado de Londres.

Quizá la única referencia expresa en sustento a la tesis sobre la universalidad de jurisdicción del TMIN se encuentra en la afirmación de un pasaje de la sentencia en la cual se sostiene que: “...los Poderes signatarios que crearon este Tribunal, definieron el derecho aplicable y establecieron regulaciones para el normal desarrollo del juicio. En ello, han realizado juntos lo que cualquiera de ellos hubiera podido realizar singularmente, por lo que no existe duda que cualquier nación tiene el derecho de establecer tribunales especiales y aplicar el derecho”<sup>101</sup> Sin embargo, esta afirmación puede asimismo ser interpretada en sentido opuesto. Como sostiene Bassiouni, el establecimiento del tribunal de Nuremberg se realizó bajo una acción colectiva – *collective state action*-, donde los Estados en cuestión ejercieron sus poderes para ejecutar el derecho internacional criminal sobre la base de la jurisdicción territorial, puesto que dichos Estados ejercían *de facto* prerrogativas soberanas sobre los territorios ocupados donde estos tribunales se establecieron.<sup>102</sup> El mismo Tribunal dejó claro en un pasaje de la sentencia que su jurisdicción se encontraba definida por el Tratado y por el Estatuto, y que “la elaboración del Estatuto fue el ejercicio del poder legislativo soberano de los países respecto de los cuales Estado Alemán se ha rendido incondicionalmente”.<sup>103</sup>

¿Porqué basar la jurisdicción del Tribunal en un principio prácticamente desconocido por el derecho internacional del momento, cuando cada uno de las cuatro potencias vencedoras poseía un derecho innegable de juzgar a sus enemigos? Cada uno de los firmantes originarios del Estatuto revestía la calidad de ex Estado beligerante, ejercía la ocupación efectiva del territorio del enemigo, y podían alegar poseer un vínculo territorial o personal con los acusados. Más aún, las características de todo el proceso - desde las primeras declaraciones hasta la sentencia final- no hacen más que confirmar la inexistencia de un vínculo universal. ¿Porqué restringir el proceso a cuatro potencias cuando la guerra ya había terminado y cuando ya se había constituido la ONU? ¿Porqué no hubo acusaciones respecto de individuos de las fuerzas Aliadas? Como afirma Sunga “este carácter unilateral del Tribunal de Nuremberg nos indica que encuadra mas en el

<sup>100</sup> [...it is more akin to a joint tribunal under municipal law that to an international tribunal in the normal sense of the word...] SCHWARZENBERGER G., “The Judgment...” op. cit., p.338.

<sup>101</sup> International Military Tribunal (Nuremberg), “Judgment and Sentences”, *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, p.216.

<sup>102</sup> BASSIOUNI C. M., “Universal Jurisdiction...” op. cit, p.91; en conformidad SCHWARZENBERGER G., “The Judgment...” op. cit., p.339 [...there is, however, another source of the Tribunal’s jurisdiction: the exercise by the occupying Powers of condominium over Germany...].

<sup>103</sup> International Military Tribunal (Nuremberg), “Judgment and Sentences”, *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, p.444.

modelo de los tribunales nacionales militares y que por lo tanto no se trata del arquetipo de una tribunal imparcial internacional”.<sup>104</sup>

### **3. El legado de Nuremberg**

Es innegable que Nuremberg significó un avance importante en la condena y represión de crímenes contra la paz y contra la humanidad, así como en la ruptura de tradicionales defensas y obstáculos procesales del orden internacional de preguerra, como el acto de Estado y la orden superior.<sup>105</sup> Asimismo, a Nuremberg se le pueden atribuir el origen de importantes instrumentos internacionales, entre los más destacables la Convención contra el Genocidio del 1948, los Convenios de Ginebra de 1949 y algunas legislaciones y procesamientos nacionales basados en sus principios.<sup>106</sup> Sin embargo, ¿significó también Nuremberg un gran cambio en materia de jurisdicción sobre crímenes de guerra?

En opinión de quien escribe, las diferentes interpretaciones respecto del legado de Nuremberg se suelen generar ante la confusión de tres conceptos relacionados entre sí, pero totalmente diferentes, esto es, el crimen internacional, la jurisdicción internacional y la jurisdicción universal.

Respecto de la primera cuestión, Nuremberg dejó claro el carácter internacional del crimen de guerra, cuestión que la doctrina del momento aún discutía.<sup>107</sup> El carácter internacional del crimen de guerra implica la innecesaria tipificación en el derecho interno para su penalización, y por lo tanto su repudiación universal, ante la cual todo Estado está vinculado -sea a través de un Tratado o por medio del derecho consuetudinario. Sin embargo, que un acto pueda considerarse repudiable universalmente no implica necesariamente la universalidad de jurisdicción para la persecución de sus autores.<sup>108</sup> En definitiva, el reconocimiento de un delito como

---

<sup>104</sup> SUNGA L. S., *Individual Responsibility...* op. cit., p.33.

<sup>105</sup> Véase: DONNEDIEU DE VABRES H., “Le Procès Nuremberg...” op. cit., pp.489 y ss.; D’AMATO A., “War Crimes and Vietnam: The Nuremberg Defense and the Military Service Resister”, *California Law Review*, vol. 57, 1969, pp.1055 y ss.; “Command Responsibility for War Crimes”, *Yale Law Journal*, vol. 82, 1972-1973, pp.1274 y ss.; PARKS W. H., “Command Responsibility for War Crimes”, *Milwaukee Law Review*, vol. 62, 1973, pp.1 y ss.; DINSTEIN Y., *The Defense of Obedience to Superior Order’s in International Law*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1965; HEYDECKER J., *El Proceso de Nuremberg*, Bruguera, Barcelona, 1962.

<sup>106</sup> BASSIOUNI C. M., “Forty Years After Nuremberg and Tokyo Tribunals: The Impact of the War Crimes Trials on International and National Law”, *American Society of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 59-65.

<sup>107</sup> Sobre dos posturas opuestas respecto del carácter internacional de los crímenes de guerra previo al proceso de Nuremberg véase; KELSEN H., “Collective...” op. cit., pp. 530-571; y MANNER G., “The Legal Nature...” op. cit., pp. 407-435.

<sup>108</sup> [...a war crime is an act directed against the adversary in a war, which confers upon the adversary who captures him the right to bring him to trial for war crime. It does not follow that the international crime necessarily supports or implies universality of jurisdiction. The substantive criminality and the jurisdiction over it are two distinct legal conceptions, which in terms of penal legal analysis ought to be kept apart...] DRAPER G., “The Modern Pattern of War Criminality”, en *War Crimes in International Law*, ed. Dinstein & Tabory, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.155, también en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, 1976, p.23.

internacional por un lado, y las normas y principios respecto de su persecución y juzgamiento por el otro, transitan por carriles diferentes aunque paralelos<sup>109</sup>.

En lo que respecta a la jurisdicción internacional, esto es la posibilidad de constituir un tribunal supranacional para juzgar y sancionar individuos responsables de cometer crímenes de guerra, Nuremberg fue sin duda un antecedente positivo. Sin embargo, y tras un *impasse* de medio siglo, la fórmula de Nuremberg no se repitió y el establecimiento de tribunales internacionales penales se desarrolló a través de dos vías. Por un lado, mediante la acción colectiva de Estados, que bajo la estructura del Consejo de Seguridad de la ONU y considerando las atrocidades cometidas contra víctimas civiles como una amenaza contra la paz y la seguridad, ha constituido dos Tribunales Criminales Internacionales *ad-hoc*.<sup>110</sup> Por otro lado, mediante la negociación, firma y ratificación de un Tratado internacional constitutivo de un Tribunal Penal Internacional Permanente (TPI) pero cuya jurisdicción solo obliga, en principio, a aquellos Estados que han aceptado su jurisdicción.<sup>111</sup>

Con respecto a la jurisdicción universal, esto es la posibilidad de un tribunal nacional de ejercer su jurisdicción criminal sobre actos constitutivos de crímenes de guerra en cualquier lugar y por cualquier persona, Nuremberg como precedente resulta técnicamente improcedente. En primer lugar, porque se trataba de un tribunal internacional y no nacional, sin dejar de mencionar su carácter militar y *ad hoc*. En segundo lugar, porque si bien fue competente respecto de crímenes de guerra sin limitación geográfica, su jurisdicción fue territorial. Y en tercer lugar, porque los principios jurisdiccionales sobre los que se basó el tribunal, aunque no se los haya señalado en el Estatuto o en su sentencia, nada nuevo introducían a los ya existentes en dicho momento y que se desprenden de las prerrogativas soberanas de la Potencia ocupante a la cual la Potencia ocupada se ha rendido incondicionalmente.

En lo que respecta a la validez jurídica como precedente, los principales internacionalistas del momento manifestaron en líneas generales su escepticismo. Refutando la afirmación del Juez Jackson -quien sostenía que el derecho aplicado por el TMIN había sido incorporado como un precedente judicial-, Kelsen argumenta que la sentencia de Nuremberg no podía constituir un verdadero precedente porque la misma no estableció un nuevo derecho -*rule of law*-, sino meramente aplicó derecho preexistente constituido por el Acuerdo Internacional de Londres del 8 de Agosto de

<sup>109</sup> [...The recognition of universal jurisdiction for war crimes is essentially driven by academics and experts' writings. These confuse the universal reach of war crimes with the universality of jurisdiction over such crimes...] BASSIOUNI C. M., "The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law", en *Universal Jurisdiction*, op. cit., p.51.

<sup>110</sup> *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, U.N. Doc. S/25704 at 36, annex (1993) and S/25704/Add.1 (1993), adopted by Security Council on 25 May 1993, U.N. Doc. S/RES/827 (1993). *Statute for the International Tribunal for Rwanda*, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453rd mtg., at 1, U.N. Doc. S/Res/955 (1994).

<sup>111</sup> Estatuto de Roma constitutivo del tribunal Penal Internacional A/CONF.183/9. 17 July 1998.

1945.<sup>112</sup> Para el tribunal los actos juzgados eran criminales y por lo tanto reprimibles solamente bajo el derecho creado por el Acuerdo, que resulta la única base legal de su sentencia. La decisión de un tribunal mediante la cual se crea un nuevo derecho *-rule of law-*, solo puede ser seguida en casos similares si la misma corte es competente para decidir, no solamente en el caso en el cual el precedente está siendo establecido, sino también en otros casos similares, y si existen otros tribunales inferiores con la misma competencia.<sup>113</sup>

Schwarzenberger afirmaba que, para el caso de sostenerse el carácter nacional de la sentencia, las potencias habían asegurado evitar su validez como precedente respecto de sus sistemas domésticos al otorgarle al Tribunal un carácter militar. En el caso de sostener el carácter internacional de la sentencia señalaba el jurista austriaco que, como precedente internacional, solo podían equivaler a veintitrés sentencias idénticas de tribunales nacionales. Y, por lo tanto, concluía que “el significado de la sentencia para el desarrollo del derecho internacional depende exclusivamente en su autoridad persuasiva, es decir, si efectivamente y hasta qué punto el Tribunal no ha hecho más que meramente aplicar su Estatuto, sino que ha declarado convincentemente el derecho internacional consuetudinario”.<sup>114</sup>

En lo que respecta a la responsabilidad internacional por crímenes internacionales, a partir de Nuremberg el derecho internacional ha experimentado una especie de bifurcación en torno a la idea de conductas ilícitas internacionales. Por un lado, el campo de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, cuyos responsables son los Estados propiamente dicho, y basado en un sistema de resarcimiento pecuniario<sup>115</sup>, y por otro lado el campo de la responsabilidad individual criminal, cuyos responsables son los individuos, sea que hayan actuado en nombre del Estado o no, y basado en un sistema de tipo represivo penal.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> KELSEN H., “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a precedent in International Law?” *The International Law Quarterly*, vol. 1 n° 2, 1947, p.154.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p.163.

<sup>114</sup> SCHWARZENBERGER G., “The Judgment...” *op. cit.*, p.341.

<sup>115</sup> Desde sus comienzos a la actualidad, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU ha realizado una importante tarea en pos de la adopción de un Tratado internacional en materia de responsabilidad internacional de los Estados. En dicha tarea la CDI ha elaborado dos proyectos, el último de ellos en 2001, A/CN.4/L.602/Rev.1; sobre responsabilidad del Estado en materia de violaciones al derecho internacional humanitario véase; SASSOLI M., “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, 2002 Vol. 84, n° 846, pp.401-433.

<sup>116</sup> Sobre las diferencias entre la responsabilidad criminal del Estado y de los individuos véase; BESNÉ MAÑERO R, *El Crimen Internacional. Nuevos aspectos de la Responsabilidad de los Estados*, Universidad del Deusto, Bilbao, 1999; REMIRO BROTONS A., “Los Crímenes de Derecho Internacional y su Persecución Judicial”, en *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001.

### **III. EL DERECHO DE GINEBRA Y LA REPRESIÓN PENAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA**

#### **1. Los Convenios de Ginebra de 1949: Antecedentes.**

El 21 de agosto de 1949, la Conferencia Diplomática de Estados Partes adopta cuatro Convenios que, tras una período de reuniones y debates iniciados en la Conferencia Preliminar de Las Sociedades de la Cruz Roja en 1946, logra codificar en cuatro Convenios y más de 600 artículos el derecho de los conflictos armados que se había gestado a lo largo de medio siglo desde la otra gran codificación de principios de siglo en La Haya, y sobre los cuales las experiencias de las guerras mundiales habían evidenciado sus graves falencias. De este modo, en general se entiende que el Derecho de Ginebra constituyó en realidad la codificación del derecho consuetudinario del momento.

Las Convenciones intentaron, sobre la base de las experiencias de un siglo de codificaciones, mejorar las principales falencias de las elaboraciones anteriores. Tres de los Convenios fueron en realidad una revisión de los dos Convenios de 1929 y del Convenio X de La Haya de 1907; mientras que el cuarto se trató de un nuevo Convenio para la protección de los civiles. Como señalaba Schwarzenberger “quizás los mayores logros de la Conferencia de 1949 fueron la formulación, aunque en un sentido limitado, de requerimientos mínimos de estándares civilizados con relación a los conflictos internos, así como el fortalecimiento de los procedimientos de supervisión de la aplicación de la Convención”.<sup>117</sup>

En este último punto, en el contexto de las sanciones penales los Convenios recogieron una disposición común, en la que, aparentemente, se establece el carácter universal y obligatorio de la jurisdicción de los Estados Partes con respecto a personas acusadas de cometer violaciones graves a los Convenios de 1949.<sup>118</sup>

#### **2. Represión de los abusos y de las infracciones**

En lo que constituye una disposición común a los cuatro Convenios se establece:

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

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y

---

<sup>117</sup> SCHWARZENBERGER G., *International Law...* op. cit., p. 541.

<sup>118</sup> Infracciones graves especificadas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50, 51, 130 y 147 respectivamente), infracciones graves especificadas en el III y IV Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 130 y 147 respectivamente), infracciones graves especificadas en el IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 147) e infracciones graves especificadas en el Protocolo adicional I de 1977 (arts. 11 y 85).

según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes (...)"<sup>119</sup>

La doctrina, prácticamente en sentido unánime, afirma que dichas disposiciones comunes han codificado el principio de la jurisdicción universal respecto de las llamadas violaciones graves a los Convenios de 1949.<sup>120</sup> Consecuentemente, y teniendo en cuenta la importancia de esta disposición para el objeto del presente trabajo, se intentará analizar esta disposición de manera detallada.

A) ¿Se trata de una facultad o de una obligación?

Como señalaba Schwarzenberger, las obligaciones asumidas por las Partes Contratantes relativas a la aplicación de las sanciones penales son absolutas y su carácter de *jus cogens* se encuentra respaldado por otra disposición común de los Convenios, que establece que “ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante” en relación con las infracciones graves.<sup>121</sup> Asimismo, la obligación de los Estados de “respetar” los Convenios “en todas las circunstancias” establecida en el primer artículo común a los cuatro Convenios, implica que las obligaciones no se encuentran basadas únicamente en la reciprocidad, y que por lo tanto que su vinculación no depende de la medida en que las otras partes observan sus respectivas obligaciones.<sup>122</sup> Este punto de vista fue confirmado por el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) al concluir que: “existe una obligación del gobierno de los Estados Unidos, en los términos del artículo 1 de las Convenciones de Ginebra, de “respetar” las Convenciones e inclusive “de asegurar el respeto” de las mismas “en todas las circunstancias”, dado que tales obligaciones no derivan únicamente de las Convenciones en sí mismas, sino de los principios generales del derecho humanitario respecto de los cuales las Convenciones meramente proporcionan menciones específicas”.<sup>123</sup>

B) ¿En que consiste la obligación?

El sistema de las violaciones graves de los Convenios se basa en dos tipos de obligaciones:

---

<sup>119</sup> Conforme art. 49 del Convenio I, art. 50 del Convenio II, art. 129 del Convenio III y art. 146 del Convenio IV de Ginebra de 1949.

<sup>120</sup> Entre los más destacados véase: BASSIOUNI C. M., “Universal Jurisdiction...” op. cit., p. 118; SCHWARZENBERGER G., *International Law...* op. cit., 543; CASSESE A., “On the current trends...” op. cit. p.5; PICTET J., *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol.1, 1952, ICRC, Genève, p.404; RANDALL, K. C., “Universal Jurisdiction...” op. cit., pp.816-817; MERON T., “International Criminalization...” op. cit., p.564. LAUTERPACHT H., “The Problem of the Revision of the Law of War”, *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, p. 362.

<sup>121</sup> SCHWARZENBERGER G., *International Law...* op. cit., p.542.

<sup>122</sup> MURPHY T. J., “Sanctions and Enforcement of the Humanitarian Law of the Four Geneva Conventions of 1949 and Geneva Protocol I of 1977”, *Military Law Review*, vol. 103, 1984, p.25.

<sup>123</sup> *Corte Internacional de Justicia*, Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua, (Nicaragua c/ Estados Unidos), 27 de Junio de 1986, ICJ Rep. P.114, párrafo 220.

1. En primer lugar, las Partes Contratantes “se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas” necesarias para establecer sanciones penales efectivas sobre crímenes de guerra.<sup>124</sup> Es decir, se requiere la criminalización de ciertos actos, mediante la incorporación al derecho interno, y preferentemente en el derecho penal, de las conductas delictivas enumeradas en los Convenios. Se trata de una vieja fórmula presente en la gran mayoría de los Tratados internacionales que consiste en la obligación de legislar.<sup>125</sup>

2. En segundo lugar, la Partes Contratantes tienen “la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”. Esta disposición constituye una novedad con respecto al derecho convencional preexistente, e impone una obligación alternativa, que se cumple realizando cualquiera de las dos acciones es decir, o bien juzgar o bien extraditar, aunque algunos autores afirman que primero está la obligación de juzgar y luego la de extraditar.<sup>126</sup>

### C) ¿Sobre quienes recae la obligación?

Resulta ilógico pensar que las Altas Partes Contratantes hayan pretendido que sus tribunales nacionales, tengan que estar en una situación de alerta constante para que en el caso que ocurra una violación grave ejerzan su jurisdicción. Además, como destaca Reydamas,<sup>127</sup> la primera parte del segundo párrafo, al margen de su redacción, está pensada para el Estado que tiene la custodia del acusado, puesto que un Estado sólo puede buscar, o traer ante sus tribunales personas que se encuentren presente en su territorio. Por ello, la correcta interpretación del régimen estipulado por el Derecho de Ginebra, en opinión de quien escribe, se circunscribe a dos supuestos:

<sup>124</sup> Sobre la penalización de las violaciones al DIH en España véase; PÉREZ GONZÁLEZ M., “Sanciones de infracciones graves y violaciones del Derecho internacional humanitario: modelo de la legislación española”, *Seminario Internacional sobre Derecho Internacional Humanitario*, La Habana, Cuba, 1998, CICR, 1998; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO J. L., “Protección penal de las víctimas de la guerra en el Código Penal español de 1995 (delitos contra las personas y los bienes protegidos en caso de conflicto armado)”, en *Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998, pp.244-277; PIGNATELLI Y MECA F., “La Sanción...” op. cit; PLAZA VENTURA P., *Los Crímenes de Guerra; Recepción del Derecho Internacional Humanitario de Derecho Penal Español*, Universidad Pública de Navarra, 2000.

<sup>125</sup> [...The first paragraph of the jurisdictional clause addresses itself to the High Contracting Parties; all are obliged to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions to repress grave breaches...] REYDAMS L., *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, 2003, p.55.

<sup>126</sup> [...the grave breaches repression regime of the 1949 Geneva Conventions and additional Protocol I is imperative, whereby *judicare* comes before *dedere* and is based on actual custody over the offender...] *Ibíd.*, p. 56.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, p.56.

1. En el caso de conflicto armado, la obligación se activa desde el comienzo de las hostilidades respecto de todas las partes con carácter de beligerantes y respecto de los hechos ocurridos en principio dentro del área geográfica donde se desarrolla dicho conflicto.
2. Con respecto a los Estados neutrales, la obligación se activa o bien en el caso de hechos ocurridos en su territorio, o en el caso de que el criminal caiga en sus manos.

La afirmación de que la obligación de juzgar o extraditar se aplica solo entre beligerantes ha sido defendida por autores como Röling,<sup>128</sup> Draper,<sup>129</sup> Bowett,<sup>130</sup> o Sunga.<sup>131</sup> Al respecto Meron asegura que hoy día esta idea resulta “inaceptable”.<sup>132</sup> Sin embargo, no solo dar el derecho, sino obligar a cada Estado Parte, aunque se trate de un Estado neutral, que no tiene acceso al acusado, ni a las pruebas, ni a los testigos, que se encuentra a distancias enormes de los hechos ocurridos, que seguramente no conoce ni la cultura ni la lengua del acusado o de las víctimas, todo ello, parece un carga que, en la mayoría de los casos y con toda la mejor voluntad y disponibilidad de los Estados, no se encuentran en posibilidad de cumplir. Se podría señalar que en dicho caso el Estado podría entregar al acusado a un tribunal que estuviera en mejor disposición para juzgarlo. Pero dicha situación presupone que el Estado se ha hecho con la persona del acusado, el cual se encuentra bajo su custodia, y por ende nos encontraríamos en el segundo de los casos mencionados anteriormente donde, como se destacó, también se activa la obligación de juzgar o extraditar aunque se trate de un Estado no beligerante.

En este sentido, ha señalado Rubin que existen fallas en la argumentación, relativas a la jurisdicción universal de las disposiciones de los Convenios. Primero, porque no queda claro en absoluto que las restricciones relativas a la jurisdicción no son parte del *jus cogens* del orden internacional; segundo, porque las cuatro disposiciones de derecho positivo, si son vinculantes, no han sido observadas por alrededor de cincuenta años y no precisamente por falta de comisión de atrocidades durante dicho período; tercero, porque aunque se apliquen por parte de Estados distantes a los hechos, en muy poco probable que las disposiciones de los Convenios resulten en procesos exitosos; y cuarto, porque el Estado respecto del cual el acusado ha de ser entregado, debe ser un Estado que haya formulado contra el mismo cargos suficientes.<sup>133</sup>

---

<sup>128</sup> RÖLING B.V.A., “The Law of War...” op. cit., pp. 361-362.

<sup>129</sup> DRAPER G. I. A., “The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and two Additional Protocols of 1977”, *Recueil des Cours*, 1979-III vol. 164, p.38.

<sup>130</sup> BOWETT D. W., “Jurisdiction: Changing Patterns of Authority Over Activities and Resources” *British Yearbook of International Law*, vol. 53, 1982, pp.11-13.

<sup>131</sup> SUNGA L., *Individual Responsibility...* op. cit., p.114. [...Even the mandatory obligation of the 1949 Geneva Conventions with respect to prosecution for grave breaches are contingent upon a request by a party to the armed conflict...]

<sup>132</sup> [...a view that was debatable at the time it was expressed and that is clearly unacceptable today...] MERON T., “International Criminalization...” op. cit., p.570.

<sup>133</sup> RUBIN A. P., “Actio Popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes?” *New England Law Review* 2001, vol. 34 n° 4, pp. 269-271.

También en una postura crítica se expresaba Röling en su Curso presentado a la Academia de La Haya, afirmando que las Convenciones no contienen el principio de jurisdicción universal sino, simplemente el principio de defensa extendido, por lo que la obligación no se extiende a los Estados neutrales (aunque se manifiesta positivamente respecto de la necesaria obligación de los neutrales de extraditar). Y, más adelante, concluía: “el autorizar a las Naciones a juzgar cada crimen cometido en algún lugar de este mundo en una completa y extraña guerra tiene grandes desventajas. El procesamiento en tales casos puede llegar a ser considerado una intromisión e intervención en los asuntos de otros. Uno puede dudar, asimismo, si efectivamente un juez de aquí podría ser capaz de evaluar justamente eventos ocurridos por ejemplo en Sudamérica”.<sup>134</sup>

Para Bowett, más allá de la piratería, la jurisdicción universal es mucho menos clara, y resalta que respecto a los crímenes de guerra la jurisdicción ha correspondido a los Potencias beligerantes. De este modo, rechaza la posibilidad de conceder jurisdicción a los Estados neutrales sobre la base de tres argumentos. En primer lugar, porque a diferencia de lo que ocurría con los Estados costeros que tenían un interés real y comercial de tener sus costas libres de piratas, no existe un interés comparable por parte de un Estado neutral de reprimir a los criminales de guerra. En segundo lugar, porque mientras la captura de un barco pirata en el Alta Mar por parte de un barco de un Estado particular le otorga a dicho Estado, a causa de la detención, la prueba necesaria para sostener una acusación por piratería, en el caso de los crímenes de guerra la prueba necesaria probablemente recaiga en una Potencia beligerante o en el territorio donde el acto se ha cometido. Por último, porque siempre habrá un importante elemento político en la mayoría de los juicios por crímenes de guerra, y existe el riesgo de influir en las acciones del Estado que asume la jurisdicción. Por todo ello este autor concluye que “la postura sobre que las Convenciones de 1949 estipulan la jurisdicción universal, aunque algunos autores opinan lo contrario, es probablemente incorrecta”.<sup>135</sup>

Es importante destacar, que la aplicabilidad de la obligación de juzgar o extraditar únicamente respecto de las partes en conflicto, fue oportunamente tratada y rechazada durante los trabajos de la elaboración del proyecto de Convención. La delegación Italiana propuso cambiar las palabras “Cada Alta Parte Contratante” por “Las Partes en

<sup>134</sup> RÖLING B.V.A., “The Law of War...” op. cit., p. 362.

<sup>135</sup> BOWETT D. W., “Jurisdiction...” op. cit., p.12.; en sentido similar sobre la improbable afirmación de la jurisdicción universal más allá del crimen de piratería, en un caso reciente, el entonces presidente del TIJ, Guillaume en Opinión Separada ha manifestado: [...international law knows only one true case of universal jurisdiction: piracy. Further, a number of international conventions provide for the establishment of subsidiary universal jurisdiction for purposes of the trial of certain offenders arrested on national territory and not extradited to a foreign country. Universal jurisdiction in absentia as applied in the present case is unknown to international law...] International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), 2001 14 February General List No. 121, Separate Opinion of President Guillaume, para. 12, in fine; Esta postura también la ha defendido en su calidad de jurista en ocasión de su curso en la Academia de La Haya, [...le droit international n’a longtemps connu et ne connaît encore qu’un seul cas de compétence universelle absolue, celui de la piraterie...], GUILLAUME G., “Terrorisme et Droit Penal International”, *Recueil des Cours*, 1989-III, vol.215, p.349.

el conflicto”, pero el rechazo general provocó que la misma fuera retirada. Sin embargo el informe final de la Conferencia señala que la propuesta italiana fue rechazada bajo el argumento de que un Estado neutral en el cual se encontraba el acusado no violaba su neutralidad al juzgar o extraditar a dicho individuo de conformidad con una obligación internacional.<sup>136</sup> Esto confirma lo expuesto más arriba en sentido de que la obligación efectivamente se extiende al Estado neutral pero solo en caso de que el acusado se encuentre bajo su custodia.

D) ¿Sobre que infracción recae la obligación?

Mientras el derecho convencional anterior a la codificación de 1949 hacía escasa o nula referencia a la responsabilidad penal individual, el derecho de Ginebra optó por un sistema dual basado en infracciones graves, expresamente enumeradas e individualizadas, e infracciones generales o no-graves. Las infracciones graves, de conformidad con las disposiciones de los Convenios, se han convertido en la más fehaciente lista de las conductas que se consideran como crímenes de guerras en sentido estricto.<sup>137</sup> No obstante, ello no impide que existan o que se generen otras conductas fuera de los Convenios que puedan considerarse como crímenes de guerra.<sup>138</sup> Mientras para el caso de las infracciones graves los Convenios estipulan una obligación dual (legislar y juzgar o extraditar), en el caso de las infracciones no-graves los Convenios no establecen demasiados detalles.<sup>139</sup> La distinción entre violaciones graves y otras violaciones puede encontrar su explicación en “*la obligación*” de procesar a los autores de violaciones graves por un lado y “*el derecho*” de procesar a los autores de otras violaciones por el otro.<sup>140</sup> En caso de violaciones no-graves los Convenios exigen que las Partes Contratantes tomen medidas para su supresión, que puede ser, pero no necesariamente debe ser, la represión penal. Por ello, la distinción entre dos tipos de infracciones ha llevado a algunos autores a opinar que las violaciones no-graves no constituyen crímenes de guerra, aunque hoy día la tendencia apunta hacia el carácter criminal de todas las violaciones a los Convenios.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> Final Report of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II, Section B, p.116.

<sup>137</sup> El listado de infracciones graves a las Convenciones ha servido como base en la descripción de los crímenes de guerra en el Estatuto del tribunal de Yugoslavia (artículo 2), y en el Estatuto de Roma (artículo 8). Véase PIGNATELLI Y MECA F., “El artículo 8 del Estatuto. Los crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 75, enero-junio, 2000; En el caso del tribunal de Rwanda por tratarse básicamente de un conflicto de carácter no internacional las referencias del artículo 4 son a las violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo adicional II.

<sup>138</sup> Por ejemplo la consideración de las violaciones en masa contra la población civil como crimen de guerra según la jurisprudencia del tribunal de Yugoslavia, o el párrafo b) del artículo 8 del Estatuto de Roma que establece; “Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional”

<sup>139</sup> Para el profesor Meron la jurisdicción universal también debe aplicarse a las violaciones no-graves, MERON T., “International Criminalization...” op. cit., pp.569-570.

<sup>140</sup> RÖLING B.V.A., “The Law of War...” op. cit., p. 342.

<sup>141</sup> Sobre posturas opuestas al respecto véase: JESCHECK H., “La Protection pénal des Conventions Internationales Humanitaires”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 24, 1953, 13-67; PICTET J., *Commentaire...* op. cit., p. 412.

E) ¿Cuales son los requisitos?

De lo expuesto hasta ahora podemos sintetizar los requisitos necesarios para activar la obligación de juzgar o extraditar de las Convenciones del siguiente modo:

1. Debe tratarse de una violación grave de conformidad con las disposiciones de los Convenios.
2. Debe versar sobre hechos ocurridos en la jurisdicción de algún Estado que sea parte del Convenio que resulte pertinente.
3. El Estado Parte debe revestir carácter de beligerante o en caso de Neutral el acusado se debe encontrar bajo su jurisdicción.
4. En caso de optar por la extradición se requiere que la parte interesada haya formulado cargos suficientes.

Es importante aclarar que lo dicho no pretende describir los requisitos necesarios para el ejercicio de la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra en sentido general, sino simplemente en referencia a la obligación de juzgar o extraditar ante violaciones graves de conformidad con la letra de las Convenciones.

En lo respecta al primero de los requisitos enunciados, resulta claro que se requiere la comisión de alguno de los actos enumerados en las disposiciones comunes y que se enuncian como violaciones graves.<sup>142</sup> Ello sin perjuicio de que, como sostienen algunos autores, la obligación de juzgar o extraditar se aplique también a las violaciones no-graves, o que se aplique respecto de otros crímenes contenidos en otros instrumentos o en el derecho consuetudinario. Esta última cuestión se analizará en detalle más adelante.

El requisito de la jurisdicción en el punto dos, se refiere a los hechos que podrían quedar incluidos por los principios de la territorialidad, así como de la personalidad activa o pasiva de algún Estado Parte de alguno de los Convenios. Si, por lo contrario, los hechos ocurren en territorio de un Estado que no es parte y sobre nacionales de dicho Estado o de otro Estado que tampoco es parte, la obligación resulta improcedente. Sin embargo, este requisito no se exigiría en caso de que las Convenciones puedan ser invocadas como derecho consuetudinario.

En cuanto al tercer requisito mencionado, se podría cuestionar su aparente interpretación restrictiva. No obstante, si pensamos que fuera de la jurisdicción de los Estados beligerantes que tienen la jurisdicción preferente, el acusado busca refugio en cualquier otro Estado, este último no solo está impedido de darle asilo sino que debe o bien entregarlo a la jurisdicción preferente o bien juzgarlo. Así, nos encontramos ante un sistema que permite, al menos en teoría, poco margen para la evasión de la justicia y por ende para la impunidad.

---

<sup>142</sup> [...las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente...]

El último de los requisitos se refiere al caso de que el Estado opta por extraditar, y entonces la norma le exige que la parte interesada haya formulado cargos suficientes. En este sentido, ha señalado Pictet, que se trata de una disposición muy común en los tratados de extradición y que la interpretación exacta de “cargos suficientes” –*prima facie case*-, dependerá generalmente del derecho interno. No obstante según el comentario de este autor, como principio general implica, un caso en el cual, en el país donde se requiere la extradición, se desarrollará un proceso ante los tribunales.<sup>143</sup>

F) ¿Recoge esta disposición una regla aceptada de derecho internacional consuetudinario?

A pesar de las diferentes interpretaciones que se han efectuado con respecto a la obligación de juzgar o extraditar, común a las cuatro Convenios, en términos generales los autores suelen referirse a dicha norma como una disposición “novedosa”. Ello nos da la pauta sobre la respuesta al interrogante planteado. Asimismo, y de conformidad con lo dicho a lo largo de este trabajo, el derecho de los conflictos armados, tanto convencional como consuetudinario no reconocía ningún derecho ni obligación de juzgar criminales de guerra fuera del ámbito de las Potencias beligerantes. Más aún, dentro del círculo que conformaban los Estados beligerantes, no quedaba para nada claro si el derecho de juzgar también era conferido al Estado vencido, facultad que sí reconocen las Convenciones de Ginebra de 1949.

### **3. Los Convenios de Ginebra como derecho consuetudinario**

Es importante distinguir entre el derecho consuetudinario de los conflictos armados y el carácter consuetudinario de los convenios de Ginebra.<sup>144</sup> Evidentemente, si consideramos como derecho consuetudinario a las normas de los cuatro Convenios y de sus Protocolos adicionales,<sup>145</sup> este cuerpo normativo pasa a formar parte de un derecho más amplio que es el derecho consuetudinario de los conflictos armados. Esta distinción resulta importante al momento de analizar el carácter consuetudinario de la obligación de juzgar o extraditar establecida en los Convenios.

Un número importante de normas consuetudinarias del derecho de los conflictos armados fueron codificadas por el derecho de Ginebra (Convenios de 1949 y Protocolos de 1977). Sin embargo, entre tales normas no se encontraba la obligación de juzgar o extraditar que constituye una novedad con respecto al derecho previo existente. El propio CICR ha manifestado que mientras en el caso del derecho convencional la jurisdicción universal respecto de los crímenes de guerra resulta obligatoria, en el caso

---

<sup>143</sup> PICTET J., *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary IV Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p.593.

<sup>144</sup> Sobre el carácter consuetudinario de los Convenios véase: MERON T., “The Geneva Conventions as Customary Law”, *American Journal of International Law*, vol. 81 n° 2, 1987, pp. 348-370.

<sup>145</sup> HENZELIN M., *Le Principe...*, op. cit., p. 345, párrafo, 1115. [...Les Conventions de Genève, y compris le principe de l'universalité pour les infractions graves, sont donc applicables sans aucun doute á la communauté des Etats dan son ensemble...]

del derecho consuetudinario dicha jurisdicción resulta facultativa.<sup>146</sup> Esta afirmación merece una aclaración. Si nos hallamos dentro de los casos de violaciones graves, es decir dentro de los casos regulados por las Convenciones o por el Protocolo I, entonces los Estados involucrados en el caso concreto se encuentran obligados a juzgar o extraditar de conformidad con lo establecido en las disposiciones comunes, sin importar si el o los Estados se encuentran vinculados porque son parte de los instrumentos, o porque dichos instrumentos resultan vinculante a raíz de su carácter consuetudinario. En el resto de las situaciones, entiéndase las violaciones no-graves, u otros crímenes de guerra contenidos en otras convenciones o en el derecho consuetudinario,<sup>147</sup> es posible que en tal caso el derecho internacional permita el ejercicio de la jurisdicción universal, máxime teniendo en cuenta que tras el *dictum Lotus*<sup>148</sup> parece haber quedado claro que en materia de jurisdicción extraterritorial, el derecho internacional no establece restricciones generales.<sup>149</sup> No obstante, nótese que la Corte Internacional de Justicia en el caso del ministro Yerodia, dejó claro que sí existen restricciones específicas. En tal ocasión dijo; “...Mientras varias convenciones internacionales en la prevención y sanción de ciertos serios crímenes imponen a los Estados obligaciones de procesar o extraditar, requiriéndoles extender su jurisdicción penal, dicha extensión de jurisdicción de ningún modo afecta las inmunidades bajo el derecho internacional consuetudinario, incluidas aquellas de los Ministros de Asuntos Exteriores...”<sup>150</sup>

#### **IV LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y EL PRINCIPIO *AUT DEDERE AUT JUDICARE***

Seguramente, las diferencias de apreciación en torno a la aplicabilidad del principio de la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra, se deba, en gran medida, a ciertas confusiones, respecto de lo que se entiende, o significa el mencionado principio. Aunque se trata de conceptos que se encuentran estrechamente relacionados, es importante distinguir, como claramente lo ha hecho la doctrina en los últimos tiempos, entre al menos dos tipos de jurisdicción universal.<sup>151</sup> La doctrina utiliza diferentes

<sup>146</sup> *Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra*, Servicio de Asesoramiento del CICR, Ref. LG 1999-004d-SPA

<sup>147</sup> [...These (situations) would include (1) Instances where the crimes are neither « grave breaches » nor genocide, nor breaches of the 1954 Hague Convention; (2) conflicts between belligerents neither of whom is party to the Conventions whose provisions are being violated; (3) conflicts between belligerents where one participant neither adheres to the 1949 Conventions nor agrees to accept and apply their provisions, or between belligerent one of whom is not a party to the 1954 Hague Convention...], CARNEGIE A. R., “Jurisdiction Over the Violations of the Laws and Customs of War”, *British Yearbook of International Law*, vol. 39, 1963, p.410.

<sup>148</sup> *Permanent Court of International Justice; Affair SS Lotus (France v. Turkey)*, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No. 10

<sup>149</sup> SCHARF M. P., “Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Non-Party States”, *New England Law Review*, vol. 34 n° 2, 2001, pp. 363-382.

<sup>150</sup> International Court of Justice, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2001 14 February General List No. 121, para 59.

<sup>151</sup> [...According to the more widespread version, the narrow notion, only the States where the accused is in custody may prosecute him or her (the so-called forum deprehensionis or jurisdiction of the place where the accused is apprehended). Thus, the presence of the accused on the territory is a condition for

adjetivos pero claramente refiriéndose a lo mismo.<sup>152</sup> Así se habla de jurisdicción universal absoluta o relativa, de jurisdicción universal amplia o restringida, o simplemente de jurisdicción universal o principio *aut dedere aut judicare*. En definitiva, el elemento primordial y distintivo recae en la posibilidad, en el primero de los casos, de juzgar o iniciar investigaciones sin la presencia del acusado –jurisdicción universal *in absentia*–, y la imposibilidad, en el segundo de los casos, de adoptar ninguna medida hasta que el Estado en cuestión, a través de sus tribunales nacionales, capture o tenga la posibilidad de capturar al presunto criminal dentro de su jurisdicción ejecutiva, que es eminentemente territorial.<sup>153</sup>

### **1. La máxima *aut dedere aut judicare*:**

El principio *aut dedere aut judicare* se utiliza generalmente para referirse a una obligación alternativa de juzgar o extraditar. A pesar de la antigua formulación Grociana -*aut dedere aut punire*-, este principio solo comienza a ser incorporado en tratados internacionales a partir de la segunda mitad del siglo XX, no como obligación general sino respecto de tratados y delitos específicos.<sup>154</sup> En la actualidad es frecuente su inclusión en numerosos tratados que tienen como objetivo la protección de la seguridad internacional mediante la prohibición de ciertas conductas consideradas criminales.<sup>155</sup> Aunque no siempre expresado del mismo modo, éste principio requiere esencialmente la acción por parte del Estado que tiene la custodia de una persona acusada de cometer un crimen de ciertas características, en sentido de: o bien extraditar ese individuo a otro

---

the existence of jurisdiction (...) Under a different version of the universality principle, a State may prosecute persons accused of international crimes regardless of their nationality, the place of the commission of the crime, the nationality of the victim, and even of whether or not the accused is in custody or at any rate present in the forum State...] en CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 284-290.

<sup>152</sup> Reydams distingue entre “co-operative general universality principle”, “co-operative limited universality principle” y “unilateral limited universality principle” englobando las dos primeras concepciones a la jurisdicción universal relativa, y la última concepción a la jurisdicción universal absoluta, en REYDAMS L., *Universal Jurisdiction*, op. cit., pp. 28-42; el profesor Henzelin distingue entre “le principe de l’universalité unilaterale”, “le principe de l’universalité déléguée” “le principe de l’universalité absolue”, en HENZELIN M., *Le Principe de l’universalité...* op. cit.

<sup>153</sup> BENAVIDES L., “The Universal Jurisdiction Principle”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, 2001, pp. 32-36; BROOMHALL B., “Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes Under International Law”, *New England Law Review*, vol. 35 n° 2, 2001, pp. 401-402.

<sup>154</sup> WISE E., “The Obligation to Prosecute or Extradite”, *Israel Law Review*, vol. 27, 1993, p.277.

<sup>155</sup> Respecto de éstos tratados, los profesores Wise y Bassiouni han identificado cuatro grupos diferentes. Un primer grupo formado por los tratados específicos de extradición que no necesariamente versan sobre delitos internacionales. Un segundo grupo de tratados que siguen la fórmula de la Convención contra la Falsificación de Dinero de 1929, que recoge por primera vez la obligación de juzgar o extraditar respecto de un crimen internacional. En el tercero de estos grupos está formado por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (sobre este punto volveremos más adelante) Y el cuarto grupo formado por los tratados que siguen la fórmula del Convenio de La Haya de 1970 sobre el Abordaje Ilegal de Aeronaves cuyo artículo 7 parece haber sido de guía para las posteriores convenciones en las cuales se hace referencia a la obligación de juzgar o extraditar. ante la negativa de la extradición; BASSIOUNI C. M., WISE E., *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p.5.

Estado que requiere su presencia para juzgarlo, o bien emprender todos los pasos necesarios tendentes al procesamiento ante sus propios tribunales.

Lo dicho hasta aquí nos permite identificar al menos cinco elementos:

1. **La presencia del acusado.** Resulta imprescindible la presencia del presunto criminal bajo la custodia del Estado en cuestión (Estado custodio)
2. **Delitos internacionales.** La acusación debe responder a un cierto tipo de delitos cuyas consecuencias trasciendan los intereses particulares del Estado custodio.
3. **Estado Requirente.** Es necesario el requerimiento de uno o más Estados al margen del Estado custodio, con intereses legítimos en el procesamiento del presunto delincuente.
4. **Obligación alternativa.** Este principio impone al Estado custodio una obligación alternativa que en principio queda supeditada a su elección y que se cumple realizando cualquiera de las dos posibilidades de juzgar o extraditar.
5. **Bilateralidad.** Se requiere que entre el Estado custodio y el Estado requirente exista, ya sea de forma contractual o consuetudinaria, una fuente legal que acredite la obligación entre ambos Estados.

A pesar de su inclusión en numerosos instrumentos internacionales, existen numerosos interrogantes sobre la aplicación del principio *aut dedere aut judicare* especialmente cuando es analizado en abstracto. Así, por ejemplo, no resulta demasiado claro si la obligación de juzgar o extraditar solo puede surgir mediante un tratado, o si por lo contrario existe tal obligación en el derecho consuetudinario, y en éste último caso si la obligación existe respecto de un determinado delito o conjunto de delitos, o respecto de todos los crímenes del derecho internacional. Tampoco resulta claro si este principio debe interpretarse en sentido amplio o en sentido restringido.

## 2. El principio de la jurisdicción universal:

Se entiende por jurisdicción universal la teoría o principio mediante el cual se permite a un órgano jurisdiccional ejercer su competencia criminal para investigar, juzgar y castigar ciertas conductas consideradas como lesivas a la comunidad internacional, sin necesidad de poseer vínculo alguno con la nacionalidad del autor (competencia *ratione personae*), o con el lugar de comisión de los hechos (competencia *ratione loci*). El Principio 1º sobre los fundamentos de la jurisdicción universal de los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal<sup>156</sup> la define como la jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del crimen, sin consideración del lugar de comisión, la nacionalidad de acusado o condenado, la nacionalidad de la víctima, o cualquier otra conexión con el Estado que ejerce dicha jurisdicción.

---

<sup>156</sup> Principle 1.1. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Published by the Program in Law and Public Affairs, 2001, p.28.

No obstante, al tratarse de una clase más de jurisdicción penal extraterritorial, la jurisdicción universal, se diferencia considerablemente de los vínculos clásicos<sup>157</sup> puesto que, mientras estos últimos son una consecuencia del derecho soberano de cada Estado de decir, interpretar y aplicar sus normas penales no solo dentro de su territorio sino en ocasiones fuera del mismo, en el caso de la jurisdicción universal su mandato proviene de consenso universal que no solo prescinde del derecho de soberanía sino que en cierta medida acomete contra el mismo. El hecho de que frecuentemente haya habido confusiones entre el principio de la jurisdicción universal con otros principios de base extraterritorial como el principio de representación o el principio de protección, así como el hecho de que en ocasiones se han establecido formas de jurisdicción que no pueden clasificar como ninguna de las mencionadas anteriormente, nos indica que “la dificultad de categorizar estas diferentes formas de jurisdicción criminal extraterritorial legislativa puede probablemente ser explicado por el hecho de que no siempre poseen una sólida base teórica”.<sup>158</sup>

De este modo, no debe confundirse el principio de la jurisdicción universal con aquellos principios que suelen tener aplicación extraterritorial como el principio real o de protección o de defensa.<sup>159</sup> Son asimilables en que ambos permiten al Estado ejercer su jurisdicción criminal sin que importe el lugar en donde fue ejecutado el hecho ni la nacionalidad de su autor o autores.<sup>160</sup> Se diferencian en su fundamentación ya que el principio de defensa atiende sobre todo a la naturaleza del bien jurídico agredido por el delito. Existe una relación directa entre la nacionalidad de los bienes protegidos y el Estado agredido, hecho que le confiere por lo tanto, un interés exclusivo en la persecución de los autores.

### **3. Diferencias entre ambos principios**

De conformidad con lo señalado por Benavides<sup>161</sup>, podemos resaltar cinco diferencias básicas;

---

<sup>157</sup> Los vínculos clásicos de competencia penal y cuyo fundamento se encuentra en la idea de soberanía estatal son: el principio de la territorialidad, el principio de la personalidad activo o pasiva y el principio de protección o de defensa. Para un mayor desarrollo ver: AKEHURST M., “Jurisdiction in International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 46, 1972-1973, pp.152-169; “Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime”, prepared by the Research in International Law of the Harvard Law School, *American Journal of International Law*, vol. 29 n° 3, 1935, pp. 437-601; FIERRO G. J., *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, 2° edición, TEA, Buenos Aires, 1997, pp.207-519.

<sup>158</sup> Extraterritorial Criminal Jurisdiction: *Report of the European Committee on Crime Problems*, Council of Europe (1990), p.16.

<sup>159</sup> [...The exercising state acts on behalf of the International community because it has an interest in the preservation of world order as a member of that community. That state may also have its own interest in exercising universal jurisdiction, But if those interest were jurisdictionally based, that state would be exercising its own criminal jurisdiction on the basis of a theory of jurisdiction other that universality, viz., extender territoriality, active personality, passive personality, or protected economic interest...], BASSIOUNI C. M., “Universal Jurisdiction...” op. cit., p.88.

<sup>160</sup> FIERRO G. J., *La Ley Penal...* op. cit., p.312.

<sup>161</sup> BENAVIDES L., “The Universal Jurisdiction...” op. cit., pp.32-36.

1. Mientras la jurisdicción universal es un derecho, el principio *aut dedere aut judicare* es una obligación alternativa.
2. Mientras la jurisdicción universal es un principio de base consuetudinaria, el principio *aut dedere aut judicare* es generalmente de base convencional y su carácter consuetudinario es dudoso.
3. Mientras la jurisdicción universal se aplica respecto de limitados delitos, el principio *aut dedere aut judicare* se encuentra presente en la regulación de más de veinte crímenes internacionales diferentes.
4. Mientras la jurisdicción universal es una base jurisdiccional excepcional que solo se puede ejercer bajo ciertas circunstancias, por parte de todos los Estados, el principio *aut dedere aut judicare* se aplica multilateralmente y solo obliga a los Estados partes en dichos tratados.

## CONCLUSIONES

El orden jurídico internacional previo a la II G.Mno ofrece evidencias claras respecto de las normas aplicables a la jurisdicción de los Estados sobre crímenes de guerra. El derecho convencional no recoge disposiciones jurisdiccionales, así como tampoco, recoge sanciones para el caso de incumplimiento por parte de individuos. Únicamente, algunos instrumentos internacionales, receptan la obligación de los Estados de legislar y de tomar medidas para el cumplimiento de las leyes y costumbres de la guerra, aunque sin fijar las bases para determinar la jurisdicción de los Estados beligerantes en caso de incumplimiento. Por su parte, en lo que respecta al derecho consuetudinario, se desprende de la doctrina mayoritaria del momento, que se reconocía el derecho y el deber de cada Estado de sancionar las violaciones a las leyes y costumbres de la guerra respecto de los miembros de sus propias fuerzas armadas, así como se reconocía la facultad del Estado beligerante de juzgar a los miembros del enemigo bajo las siguientes limitaciones: a) captura o presencia física del acusado; b) procedimientos desarrollados ante tribunales o comisiones militares; y, c) hechos ocurridos en el territorio del Estado beligerante, y/o hechos perpetrados contra las personas o las fuerzas del Estado beligerante. Por otro lado, no resultaba claro aún: a) si el derecho y la facultad de juzgar criminales de guerra existía más allá de los Estados beligerantes de un conflicto armado determinado; b) si la facultad de juzgar miembros del enemigo se extendía únicamente a las potencias vencedoras; c) si la facultad de juzgar miembros del enemigo se extendía más allá del cese de las hostilidades, y en el caso afirmativo si existía un deber por parte de la potencia enemiga de entregar a los acusados al Estado requirente; d) si el derecho de juzgar a miembros del enemigo existía solo respecto de los prisioneros de guerra, o si se extendía a todo individuo sin importar su carácter; o e) si la conducta criminal debía necesariamente encontrarse tipificada en el derecho interno del Estado beligerante en cuestión.

El proceso de Nuremberg, importó grandes cambios con respecto al derecho internacional del momento. Aunque de hecho podemos decir que se quedó a mitad de camino, hay que reconocer que el proceso de Nuremberg significó un claro intento de internacionalizar (no universalizar) el juzgamiento y sanción de los crímenes de guerra,

cuestión que, hasta el momento, quedaba comprendida entre dos o más Estados beligerantes, y que en general se veía como un atributo de la justicia doméstica ante la captura del presunto culpable.

En lo que respecta a los aspectos jurisdiccionales, el TMIN basó su jurisdicción prescriptiva (la facultad de aplicar el derecho) en la calidad de ocupantes en *condominium* de las cuatro Potencias que integraban el tribunal. Por ello, es incorrecto, como se suele afirmar, que la jurisdicción del TMIN estuviera recogida en el artículo 6 de su Estatuto, sino que la misma deriva de una norma consuetudinaria de plena vigencia el momento de su constitución. Dicha norma era el derecho incuestionable que le confería el orden jurídico internacional del momento a las Potencias vencedoras, no solo por su carácter de beligerantes, sino también por las facultades conferidas ante la rendición incondicional del enemigo y la ocupación efectiva de su territorio.

Por ello, si bien este proceso generó importantes cambios en el derecho internacional que le sucedió, su invocación como precedente jurídico válido en lo que respecta a la aplicación de la jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra, resulta muy cuestionable.

Tras la finalización de la II G.M, y la constitución de la ONU, la Comunidad Internacional, una vez más, bajo los auspicios del CICR, supo aprovechar el impulso de las experiencias de Nuremberg y codificó en cuatro Convenios gran parte del derecho internacional consuetudinario de los conflictos armados, incorporando las importantes modificaciones introducidas por los Estatutos y por las sentencias de los tribunales internacionales de Nuremberg y Tokio.

Entre las disposiciones receptadas por los Convenios de Ginebra de 1949 que pueden deber su origen a Nuremberg, podemos citar, la confirmación de la responsabilidad individual, la negación de la orden superior como excepción, y la descripción de los crímenes de guerra del inciso b del artículo 6 del Estatuto como violaciones graves al DIH. En lo que respecta a la obligación de los Estados Partes de juzgar o extraditar a los acusados de cometer violaciones graves, esta disposición constituye una verdadera novedad para el derecho convencional y consuetudinario del momento, que no reconocía ni derecho, ni obligación de juzgar o extraditar más allá del círculo que conformaban las Potencias beligerantes con relación a un conflicto armado determinado.

Por ello, la obligación común a los cuatro Convenios se aplica en las siguientes situaciones:

1. Entre Estados beligerantes, desde el comienzo de las hostilidades hasta la prescripción del delito (si es que procede), y con relación a los actos ocurridos en el territorio geográfico donde se desarrolla el conflicto armado.
2. Con relación a los Estados Neutrales, en caso de hechos ocurridos en su territorio, o en caso de que el acusado se encuentre bajo su jurisdicción.

De este modo, la obligación de reprimir las violaciones graves al derecho de Ginebra, reviste más bien las características propias del principio *aut dedere aut judicare* que aquellas características típicas del principio de la jurisdicción universal.