

La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra (*)

POR EL

Prof. Hans Kelsen

Ninguno es entre todos los problemas de post-guerra más asiduamente discutido, y ninguna demanda es más justamente hecha que la que se hace contra personas que actuando como miembros del Gobierno, o de las fuerzas armadas, o como subordinado a los Poderes del Eje han cometido ofensas contra la ley internacional, por las que deben ser llevadas ante la justicia ⁽¹⁾. ¿Cuáles son

(*) Este artículo es una clara exposición de la teoría jurídica en materia del Derecho Internacional enseñada por el profesor HANS KELSEN que actualmente dicta cursos en la Universidad de Berkeley, California.

Este artículo aparece simultáneamente en la "Revista de la Universidad de Córdoba" y en inglés en la "California Law Review".

La versión nuestra se debe al Dr. ENRIQUE FERRER VIEYRA, becario en la Universidad de Berkeley, discípulo de KELSEN por medio de quien se ha obtenido esta valiosa colaboración que revela el empeño con que se trabaja en la estructuración jurídica internacional de la post-guerra, en sus diversos aspectos.

LA DIRECCIÓN.

(1) El castigo de los criminales de guerra juega un rol importante en la Declaración firmada el 1 de noviembre de 1943 en la histórica Conferencia Tripartita de Moscú. Desde que los Estados Unidos, Gran Bretaña y la Rusia Soviética hicieron del castigo de los criminales de guerra uno de sus principales objetivos, es vano plantear la cuestión si es o no aconsejable, desde el punto de vista de la paz futura, instituir después o durante la guerra, procedimientos legales para el castigo de los mismos. En una discusión sobre el establecimiento de una corte criminal internacional que tuvo lugar en la trigésima tercera conferencia de la International Law Association realizada en Estocolmo en el año 1924, Sir Graham Bower dijo: "No hay nación en el mundo que no haya violado las leyes de guerra y no hay ejércitos o armadas en el mundo que no haya cometido crímenes de guerra". Y más adelante: "¿Cuáles serán las consecuencias (del castigo de los criminales de guerra)?"

las ofensas por las que puede pedirse retribución y cuáles son los principios de justicia aplicables a las mismas?

I

Las ofensas por las que podría pedirse retribución son en primer lugar, violaciones a la ley internacional cometidas por el hecho de haber comenzado la guerra desconociendo una ley general o particular de Derecho Internacional, o por haber provocado la guerra, es decir, por haber cometido el delito internacional contra el cual la guerra ha sido una justa reacción. Es un principio fundamental en el Derecho Internacional general que la guerra está permitida solamente como reacción contra una ofensa sufrida, es decir, como una sanción, y que toda guerra que no tenga este carácter es una violación a la ley internacional. Es el principio del "bellum justum" (guerra justa) (2). No puede dudarse que Alemania, por haber iniciado la guerra contra Polonia y contra la Rusia Soviética; que Italia, por iniciar la guerra contra Francia; que Japón, por iniciarla contra China y contra los Estados Unidos, han violado este principio. Comentando la guerra, los Poderes del Eje han violado en adición el Pacto Kellogg-Briano por el cual la guerra está proscripta como medio de política nacional; a más de eso, al iniciar Alemania la guerra contra Polonia y contra la Rusia Soviética ha violado los pactos de no-agresión concluidos con estos Estados atacados. La demanda de castigar los criminales de guerra es o podría ser, sobre todo, demanda de castigar los au-

Quando los soldados y marinos hayan terminado de combatir, cuando estén listos para estrechar sus manos sobre el tratado de paz, empezarán entonces los juristas las acusaciones de guerra, las contra acusaciones y recriminaciones, las que serán peores que la guerra. El general Sherman dijo: "La guerra es el infierno", y dijo la verdad; pero, con el debido respeto, yo creo que si esta proposición fuera adoptada, ella haría un infierno de la paz". Sir GRAHAM BOWER terminó su discurso diciendo: "A bas la guerre des procès, vive la paix de l'oubli et de l'espérance". (1925) The International Law Association Report of the Thirty-third Conference 93, 95.

(2) La mayor parte de los escritores sobre Derecho Internacional no reconocen el principio de la guerra justa como regla de ley positiva. En mi obra *El Derecho y la Paz en las Relaciones Internacionales*, (1942), pp. 34 y sigtes. presenté los principales argumentos en pro y en contra de esta posición.

tores de la segunda guerra mundial, de castigar las personas responsables moralmente de uno de los más grandes crímenes en la historia de la humanidad.

En segundo lugar los crímenes por los cuales podría solicitarle retribución son las violaciones a las reglas de Derecho Internacional que regulan la conducción de la guerra, tales la Convención de la Haya de 1907 referente a las leyes y costumbres de guerra terrestre, la Convención de Ginebra de 1929 concerniente al tratamiento de enfermos, heridos y prisioneros de guerra, y varias otras reglas de costumbre y de derecho internacional convencional relativas a acciones de guerra. Estas violaciones son crímenes de guerra en el más estricto sentido del término. Algunos escritores consideran, igualmente, crímenes de guerra todas las hostilidades cometidas por individuos que no son miembros de las fuerzas armadas enemigas, el espionaje y traición de guerra, y, finalmente, todos los actos de pillaje (3).

Los crímenes de guerra, en el más amplio sentido del término, incluyendo las ofensas contra el Derecho Internacional cometidas por iniciar y provocar la guerra, son delitos en un estricto sentido legal. Ellos son violaciones a la ley internacional cometidas por los Estados o por los individuos; sean o no estos últimos miembros de las fuerzas armadas. Los crímenes de guerra, en el sentido restringido del término son al mismo tiempo violaciones a la ley nacional (municipal) así como constituyen crímenes de acuerdo a la ley criminal general del Estado o de acuerdo a las normas particulares de sus leyes criminales que proveen sanción contra las violaciones de reglas relativas al Derecho Internacional. Los crímenes de guerra (en el sentido amplio) pueden ser cometidos en el territorio del Estado del cual el delincuente es súbdito, o en territorio enemigo ocupado por fuerzas armadas de dicho Estado.

La demanda de retribución se extiende algunas veces a violaciones del principio de humanidad, es decir, a aquellos actos que no siendo ilegales desde el punto de vista de la ley nacional o internacional, son violaciones a las normas de moralidad contra

(3) Confrontar 2 OPPENHEIM, "International Law" (ed. 6, 1940), pp. 450 y sigtes.

las cuales ni las leyes nacionales o internacionales proveen sanción y por las que no se establece responsabilidad legal. El problema del castigo de estas ofensas no entra dentro del alcance del presente ensayo.

Por los "principios de justicia" aplicables en los tribunales a los criminales de guerra se comprenden las leyes que pueden y deben ser aplicadas al castigo de criminales, sea ley internacional o nacional (municipal). Por ley internacional se comprende la ley internacional general o particular existente, o la ley internacional que debe ser creada en el futuro por un tratado internacional; por ley nacional, la del Estado que ha sido o cuyos miembros han sido injuriados por el crimen; o la ley del Estado que ha cometido —o cuyos sujetos han cometido— el crimen. Estas cuestiones están estrechamente unidas, así es un Tribunal nacional o internacional el que debe tener jurisdicción sobre estos crímenes; y si es que son los Tribunales nacionales, si son las cortes civiles o militares del Estado injuriado o del Estado a que pertenecen los sujetos a ser penados.

II

Para contestar estas cuestiones debemos, antes que nada, tomar nota de que la demanda de castigo para los criminales de guerra significa hacer a los individuos, responsables de penas por actos cometidos por ellos mismos, o por actos cometidos bajo sus órdenes, o con su autorización. Esto no significa penar a un Estado como tal, es decir, al Estado como una corporación. Es generalmente sostenido, que las sanciones que la ley internacional provee contra los Estados como tales, especialmente la represalia y la guerra, no son penas en el sentido de la ley criminal. La diferencia, sin embargo, de las sanciones específicas de la ley internacional dirigida contra los Estados y las sanciones de la ley criminal dirigida contra los individuos, no es claramente manifiesta. La pena es una privación por la fuerza de la vida, libertad o propiedad con el propósito de retribución o prevención. Esta definición se aplica también a las sanciones específicas de la ley internacional.

El hecho de que el perpetrador no tenga una intención culpable, no excluye, como muchas veces se afirma, el castigo del Estado. La regla "mens rea" no es sin excepciones. Los casos de responsabilidad absoluta no están completamente excluidos, aun en el derecho criminal moderno. Empero, de acuerdo a algunos escritores, un Estado es responsable por sus actos solamente si ellos son cometidos por sus órganos, intencionales o maliciosamente, o con negligencia culpable (4). La opinión de que el Estado, como corporación, no pueda tener un pensamiento culpable porque no tiene funciones psíquicas (5), no es terminante. El Estado actúa solamente a través de individuos; actos del Estado son los realizados por individuos en su capacidad de órganos del Estado, y por consiguiente son actos imputados al Estado. Si solamente los actos cometidos "intencional o maliciosamente o con negligencia culpable" son imputables como delitos al Estado, es muy posible afirmar que el Estado debe tener una "mente culpable" a fin de hacerlo responsable por un delito. Si es posible imputar actos físicos realizados por individuos al Estado, aunque éste no tenga cuerpo, debe ser posible también imputarle actos psíquicos, aunque no tenga alma. La imputación a un Estado es una construcción jurídica, no una descripción de la realidad natural (6).

La diferencia entre el castigo provisto por la ley nacional y las sanciones específicas de la ley internacional —represalias y guerra— consiste en el hecho de que el castigo —al menos en el moderno derecho criminal— constituye la responsabilidad individual, mientras que las sanciones específicas de la ley inter-

(4) Confrontar e. g. 1 OPPENHEIM, "International Law" (ed. 5, 1935), p. 277.

(5) Confrontar e g. FISCHER WILLIAMS, "Chapter on Current International Law and the League of Nations" (1929), p. 234.

(6) La posibilidad de una responsabilidad criminal del Estado es mantenida —en oposición a la doctrina prevaleciente: *societas delinquere potest*— por VESPASIANO V. PELLA, en *La influence d'une Jurisdiction criminelle internationale* (1936), 3 "Revue Internationale de Droit Pénal", pp. 391 y sigtes. Su principal argumento, sin embargo, de que el Estado es un ser real y no una ficción legal, no es correcto. La cuestión decisiva no es ya que el Estado sea un ser real o una ficción legal, sino que si las sanciones que estén dirigidas contra el Estado como tal sanciones que constituyen la responsabilidad colectiva, puedan tener el carácter de "castigo".

nacional constituyen responsabilidad colectiva. El castigo es dirigido directamente contra el individuo que por su propia conducta ha violado la ley, ha cometido el crimen; la ley criminal dirige sus sanciones contra un individuo determinado precisamente como el individuo que por su propia conducta ha realizado el acto que constituye el crimen. Por consiguiente, la ley criminal establece la responsabilidad individual. Las sanciones específicas de la ley internacional —represalias y guerra— no están directamente dirigidas contra el individuo cuya conducta constituye violación a la ley internacional. Las represalias y la guerra están dirigidas contra el Estado como tal, y eso significa contra los habitantes del Estado, contra individuos que no han cometido el delito o que no han tenido la facultad de impedirlo. Los individuos contra quienes se dirige la guerra y las represalias, son los habitantes o súbditos del Estado cuyos órganos han violado la ley internacional. El Derecho Internacional responde a la cuestión ¿Contra quiénes deben ser dirigidas las sanciones? no como lo hace la ley criminal nacional, determinando ciertos seres humanos individualmente, sino determinando un cierto grupo de individuos —individuos que están en o poseen cierta relación legal con la persona, que por su propia conducta ha realizado el acto que constituye el delito— principalmente los individuos que son los súbditos del Estado cuyo órgano ha cometido el delito. Esta es la responsabilidad colectiva. La afirmación que de acuerdo a la ley internacional el Estado es responsable por sus actos, significa que los súbditos del Estado son responsables colectivamente por los actos de los organismos estatales; y la afirmación de que la ley internacional impone deberes al Estado y no a los individuos significa, en primer lugar que las sanciones específicas del Derecho Internacional —represalias y guerra— constituyen responsabilidad colectiva, no individual. Desde que la demanda de penar los criminales de guerra tiene por objeto la responsabilidad individual de las personas que por su propia conducta han cometido los crímenes, parece imposible satisfacerla sobre las bases del Derecho Internacional general.

III

El establecimiento de la responsabilidad colectiva por la ley internacional, empero, sólo establece una regla con importantes excepciones. Hay normas de Derecho Internacional general por las cuales, la persona contra quien una sanción será dirigida, está individualmente determinada como la persona que, por propia conducta, ha violado la ley internacional. Estas normas establecen la responsabilidad individual. La prohibición de la piratería es una norma de Derecho Internacional general de esa clase. El delito, cometido en mar abierto, está directamente determinado por la ley general internacional la que autoriza al Estado a atacar, prender y castigar al pirata. La ley internacional no autoriza a los Estados a realizar represalias o recurrir a la guerra contra el Estado a que pertenece la persona o el navío que ha cometido los actos de piratería. Ella autoriza a los Estados a aplicar sanciones solamente contra los individuos que cometieron los actos de piratería. La norma de derecho general internacional que confiere, sobre los Estados, el poder legal de perseguir a los piratas, es una restricción de otra regla de Derecho Internacional general; particularmente, de la regla que establece la libertad del mar abierto. Si la ley internacional no confiriera a los Estados el derecho de atacar, prender y castigar a los piratas, ello sería una violación al principio de la libertad del mar abierto. Solamente por una norma de Derecho Internacional general puede ser restringida la norma que establece la libertad de los mares. El hecho que la especificación de la pena se deje a la ley nacional, y el juicio del pirata por Tribunales nacionales no priva el carácter internacional del delito y de la sanción. Un Estado que en su ley criminal asigna a la piratería un cierto castigo y pena un pirata por medio de la aplicación de la ley internacional por sus Tribunales, funciona como un órgano de la comunidad internacional; así como un Estado que recurre a represalias contra otro Estado que ha violado sus derechos, observa o cumple la ley internacional.

Las represalias son sanciones internacionales porque su ba-

se legal es la ley internacional, aunque sean ejecutadas por órganos del Estado injuriado. Lo mismo sucede en el castigo de piratas por Tribunales nacionales; un Tribunal es un órgano del Estado así como son sus dependencias administrativas o sus fuerzas armadas, por las que el Estado ejerce las represalias. La regla de Derecho Internacional general que prohíbe la piratería es una regla de Derecho Penal Internacional, que impone sobre los individuos directamente un deber legal y establece la responsabilidad individual. Consecuentemente, la doctrina de que la ley internacional no puede, por su naturaleza, obligar a los individuos y que por lo tanto no puede tener el carácter de ley criminal, no es correcta.

Otras normas de Derecho Internacional general por las cuales los individuos están directamente obligados y la responsabilidad individual está establecida, son las concernientes al rompimiento del bloqueo y el acarreo de contrabando. En estos casos, la ley internacional general no sólo determina directamente al individuo contra quien la sanción es dirigida, sino que también especifica las mismas, que son la confiscación del navío y de la carga. El tribunal nacional de presos, al decidir en casos de bloqueo y contrabando, ejecuta no solamente la ley nacional sino también la ley internacional y por lo tanto funciona no solamente como órgano nacional sino también de derecho internacional. Tengan en estos casos las sanciones el carácter de castigo o que se parezcan a ejecuciones civiles, no tiene eso ninguna importancia. Lo que es decisivo es que la regla de Derecho Internacional general establezca la responsabilidad individual, la responsabilidad del propietario del navío o de la carga culpable, por haber violado el bloqueo o transportado el contrabando.

Otro ejemplo de la obligación directa de los individuos y de responsabilidad individual establecida por la ley internacional general es la regla relativa a actos específicos de acciones guerreras ilegítimas, algunas veces caracterizados como "crímenes de guerra". Esta es la regla de Derecho Internacional general de acuerdo a la cual los individuos no pertenecientes a las fuerzas armadas del enemigo, que toman las armas contra las fuerzas

armadas del Estado ocupante, pueden ser considerados por los últimos como criminales. La ley internacional confiere sobre el Estado ocupante el derecho de penar a aquellos individuos, por actos de guerra ilegítimos, aun cuando esos actos no sean crímenes de acuerdo a la ley de sus países, y aunque el Estado ocupante esté, en principio, obligado a aplicar a los habitantes del país ocupado sus propias leyes. Esos actos están directamente prohibidos por la ley internacional. Al penar el tribunal militar esos actos, ejecuta la ley internacional aun cuando aplique al mismo tiempo normas de su propia ley militar. El fundamento legal del juicio es la ley internacional, que establece la responsabilidad individual de la persona que comete el acto ilegítimo de guerra. Si debe admitirse que el Derecho Internacional da al Estado ocupante el derecho de castigar habitantes del territorio ocupado por actos ilegítimos de guerra, es entonces inconsistente —como por ejemplo lo hace Oppenheim (7)— que la ley internacional, como ley entre Estados únicamente, no pueda prohibir que individuos civiles tomen las armas y cometan hostilidades contra el enemigo. Porque “prohibir” legalmente una conducta no significa otra cosa que agregar a la misma una sanción, y la ley internacional, al dar al Estado ocupante el “derecho” de penar actos ilegítimos de guerra, prohíbe estos actos, los que no pueden ser prohibidos por la ley nacional de los ejecutantes.

Algunas violaciones de la ley internacional pueden ser cometidas por actos de injurias de parte de algunos individuos a otros Estados —actos que no son del Estado, pero sí actos por los cuales el Estado en cuyo territorio se han cometido es responsable en cuanto está obligado a prevenirlos y si la prevención no es posible, castigar a los delincuentes y obligarlos a pagar los daños causados. Estos son actos de la llamada responsabilidad subsidiaria del Estado por actos que no son los suyos propios. Penando los mismos, el Estado ejecuta la ley internacional, aun cuando la ley nacional se aplique también a los delincuentes. Si la ley nacional aplica sanciones a dichos actos, lo hace en ejecución de la ley

(7) OPPENHEIM, op. cit., supra, nota 3, p. 455.

internacional. Consecuentemente uno puede decir que la ley internacional, al menos indirectamente, impone sobre los individuos la obligación de abstenerse de cometer dichos actos injuriosos a otros Estados, y que establece, indirectamente, también la responsabilidad individual.

IV

Es lógico que la responsabilidad individual por crímenes de guerra pueda ser establecida por una ley internacional particular, tal un tratado internacional. Un ejemplo es el infructuoso tratado referente al uso de submarinos concluído en Wáshington el 6 de febrero de 1922. El artículo 3 del mismo establece que toda persona a servicio de cualquier Estado que violara reglas del mismo relativas al ataque, captura o destrucción de navíos comerciales, sea o no bajo órdenes superiores de gobierno "... será juzgado violador de las leyes de guerra y será conducido a juicio y penado como si hubiese cometido acto de piratería, podrá ser llevado a juicio ante las autoridades civiles o militares de cualquier poder dentro de cuya jurisdicción se encuentre". De acuerdo a la ley internacional general, una persona que al servicio de un Estado ha violado una regla de Derecho Internacional, no es responsable. Pero por un Tratado internacional, tales personas pueden ser consideradas responsables. El Tratado de Wáshington es discutible sólo en cuanto no restringe su validez a los Estados contratantes. Como veremos posteriormente, un individuo que en su condición de órgano del Estado ha violado la ley internacional puede ser considerado responsable por dicho acto de Estado por otro Estado, sólo con el consentimiento del primero. La tentativa de sobrepasar esta dificultad usando la ficción que las normas del Tratado de Wáshington deben ser consideradas referentes solamente a la piratería, por la cual la ley internacional general establece la responsabilidad individual, es vana, desde que un acto que viola el Tratado de Wáshington puede no ser de piratería (8).

(8) Los delitos determinados por el Tratado de Wáshington no son de piratería, porque ésta no puede ser un acto del Estado, mientras que los delitos deter-

La Convención Internacional para la Protección de los Cables Submarinos de Telégrafos, firmada en París el 14 de marzo de 1884 es también un ejemplo de una regla de Derecho Internacional que obliga directamente a los individuos y establece la responsabilidad individual. El artículo 2 de la Convención estipula "La ruptura o daños de un cable submarino, hecha voluntariamente o por negligencia culpable, y del que resulte la total o parcial interrupción de la comunicación telegráfica, será un acto punible, pero la pena impuesta no será obstáculo a la acción civil por daños". Con una norma de Derecho Internacional, define directamente un delito y le impone la consiguiente responsabilidad criminal y civil a un acto cometido por el individuo determinado en la norma. La Convención obliga a los Estados a especificar por sus leyes nacionales, las sanciones (pena y ejecución civil) previstas por el artículo 2, y obliga al Estado a que pertenece el navío y a bordo del cual se ha cometido el delito definido en dicho artículo, a aplicar las sanciones. Los tribunales nacionales, al castigar una persona por la ruptura o daños ocasionados a un cable submarino, o cuando ordenan la reparación del daño causado por el delito, ejecutan la ley internacional aun cuando al mismo tiempo apliquen también leyes nacionales. Las personas concernientes están obligadas por la ley internacional a abstenerse de un delito determinado por la misma, aun cuando sus leyes nacionales exijan también la misma conducta. Sus responsabilidades criminales y civiles están directamente establecidas por la ley internacional, en adición a las que establece la

minados por el Tratado de Washington, pueden ser, y la mayoría lo son, actos del Estado. Consecuentemente, el Tratado podría ser válido solamente para las partes contratantes que se confieren respectivamente la jurisdicción sobre los perpetradores, aun en casos que los últimos hayan actuado por orden del Estado, o con su autorización. Cf. infra, p. V. ROXBURB, en *La Conferencia de Washington y los Submarinos*, "The British Yearbook of International Law" (1922-1923), p. 154, dice correctamente: "La piratería es esencialmente un crimen cometido sin la autorización de ningún Estado". La jurisdicción "sobre la piratería no puede plantear complicaciones diplomáticas justamente porque la piratería es un crimen que no puede ser cometido por la autoridad de ningún Estado... mientras que los ataques de submarinos, diferentemente de la piratería, son generalmente cometidos por la autoridad de un Estado, y consecuentemente esta jurisdicción universal (prevista por el Tratado de Washington)... si es ejercida, podría bien conducir a serias disputas".

ley nacional. Esta interpretación es correcta aun cuando los Tribunales estén obligados por la Constitución del Estado a aplicar solamente estatutos sancionados por los órganos legislativos del Estado, de tal manera que la así llamada transformación de una norma internacional en nacional sea necesaria, para ser ejecutada dentro del Estado. La necesidad de transformación de la ley internacional en nacional impuesta por la Constitución nacional, no puede alterar el hecho que la promulgación del Estatuto por el que la transformación se realiza y su aplicación por los Tribunales sea una ejecución de la ley internacional, el cumplimiento de una obligación internacional del Estado, cuyos órganos legislativos y judiciales funcionan aquí como órganos de derecho internacional.

V

Si los individuos que son moralmente responsables por esta guerra, las personas que, como órganos de sus Estados han desconocido el Derecho Internacional general o particular, y han iniciado o provocado esta guerra, si estos individuos serán hechos legalmente responsables por los Estados injuriados, como autores de la misma, es necesario, entonces, tomar en consideración que la ley internacional general no establece la responsabilidad individual, sino la colectiva, por dichos actos; y que los actos por los que las personas culpables serán penadas son actos de Estado —esto es— de acuerdo a la ley internacional general, actos de gobierno, o realizados por orden del gobierno, o con su autorización (9).

El significado legal que tiene afirmar que un acto es un acto de Estado, es que el mismo es imputado al Estado y no al individuo que lo ha realizado. Si un acto realizado por un individuo —y todos los actos de Estado son realizados por individuos— debe ser imputado al Estado, es este último el responsable por dicho

(9) 1 OPPENHEIM, op. cit., nota 4 en p. 274, define la "acción propia" del Estado como "las acciones gubernamentales, e igualmente las acciones de sus agentes inferiores o individuos privados en cuanto estén realizadas por orden del Gobierno o con su autorización".

acto; y eso implica, en tanto se refiere al Derecho Internacional, que se origine la responsabilidad colectiva, y que las sanciones específicas del Derecho Internacional estén constituidas por la represalia y la guerra. Si un acto es imputado al Estado y no al individuo que lo ha realizado, éste no puede ser responsabilizado —de acuerdo al Derecho Internacional— por otro Estado sin el consentimiento del Estado a quien concierne el acto. Todo lo que se refiere a la relación del Estado con sus propios agentes o subordinados, corresponde a la ley nacional. Y en la ley nacional prevalece el mismo principio: un individuo no es responsable por el acto, si este es un acto de Estado; p. e. si el acto no es imputable al individuo sino solamente al Estado ⁽¹⁰⁾. El Estado injuriado por dicho acto, puede, sin violar por ello la ley internacional, hacer al Estado cuyo acto constituye violación al Derecho Internacional, responsable por el mismo y recurrir a la represalia o a la guerra contra el Estado culpable. Pero la persecución de un individuo por tribunales del Estado injuriado, a causa de un acto que según la

(10) Esta regla parece que tiene excepciones. Un individuo que en su capacidad de órgano del Estado ha realizado un acto ilegal, puede ser responsabilizado por él. Así, de acuerdo a la ley de algunos Estados, un Ministro de Gabinete y aun el Jefe del Estado puede ser acusado y castigado por haber violado la Constitución por uno de sus actos. Pero cuando el acto es declarado ser ilegal por la autoridad competente, sin considerar la propia ley del Estado, él deja de ser un acto de Estado, es decir, el acto no puede ser más tiempo imputado al Estado, sea o no anulable. Imputar al Estado un acto que por la autoridad competente declarado ilegal en consideración a la propia ley del Estado es incompatible con el hecho que el Estado, concebido como persona activa, no es sino la personificación de esa ley — i. e. el orden nacional legal (o, lo que casi lo mismo, la personificación de la comunidad constituida por este orden legal). Dentro de una ley nacional un acto realizado por un individuo puede ser imputado al Estado solamente sobre las bases de una norma legal; la imputación de un acto al Estado es una subsumpción del acto bajo una específica regla legal; y un individuo puede ser considerado órgano del Estado solamente en cuanto realice actos imputables al Estado. Y si un acto es considerado ilegal en relación a la ley del Estado, es casi imposible interpretarlo como acto de Estado; y dentro de la ley nacional, el predicado "acto de Estado" es una interpretación específica de un acto realizado por un individuo. El Estado no puede equivocarse en relación a su propia ley, aunque puede equivocarse en relación a la ley internacional. De acuerdo a la última, "acto de Estado" es el realizado por el Gobierno, o por su orden, o con su autorización, sin tener en cuenta si el acto es legal o no según la ley nacional, y en consecuencia imputable o no al Estado de acuerdo a su ley. "Acto de Estado", en el sentido de la ley internacional, significa la responsabilidad específica del Estado establecida por el Derecho Internacional.

ley internacional, es acto de otro Estado, importa ejercer la jurisdicción sobre el mismo; y esto es una violación a una regla de Derecho Internacional que dice que ningún Estado puede estar sujeto a la jurisdicción de otro Estado. Desde que la existencia legal de un Estado se manifiesta solamente por actos de los individuos, que son de acuerdo a la ley internacional, actos de Estado, la regla generalmente aceptada que ningún Estado puede pretender jurisdicción sobre otro Estado, significa que ningún Estado puede reclamar jurisdicción civil o criminal sobre un acto de otro Estado. La inmunidad de jurisdicción de este otro Estado no es, como se formula generalmente este principio, atribuída a la verdadera "persona" del Estado —la "persona" del Estado es una construcción jurídica— sino a los actos del mismo, tales los realizados por el gobierno, por su orden o con su autorización. El principio generalmente reconocido, de que los tribunales de un Estado no son competentes respecto a los de otro Estado, significa que los tribunales de un Estado no tienen competencia respecto a los actos de otro Estado. Consecuentemente este principio se aplica no sólo cuando el acusado está designado expresamente como el "Estado X" o la "persona" del Estado X, sino también cuando el acusado es un individuo enjuiciado personalmente por un acto realizado por él, como un acto del Estado X ⁽¹¹⁾. La responsabilidad colectiva del Estado por sus propios actos, excluye, de acuerdo al Derecho General Internacional, la responsabilidad individual de la persona que como miembro del gobierno, u obedeciendo sus órdenes, o que con autorización del mismo ha realizado el acto ⁽¹²⁾. Esta

(11) En el informe adoptado por el Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional en su tercera sesión celebrada en marzo-abril de 1927, del miembro informante MATSUDA ("Publications of the League of Nations, Legal", 1927, V. 9) 22 Sup. Am. J. Int. Law 119, se dice: "La incapacidad de los tribunales para ejercer la jurisdicción respecto a un acto soberano de un gobierno extranjero... podría aplicarse cuando el demandado es perseguido personalmente por actos realizados por él en su capacidad de oficial público —aunque no mantenga esa condición al tiempo del procedimiento— o bajo poderes conferidos a él por un Estado extranjero.

(12) En el famoso caso de McLeod (miembro de las fuerzas británicas enviadas en 1837 al territorio de los Estados Unidos con el propósito de apoderarse de la Caroline y arrestado en el Estado de Nueva York acusado de la muerte de un ciudadano americano realizada en la captura de la misma) Mr.



es una consecuencia de la inmunidad del Estado frente a la jurisdicción de otro Estado. La regla no es sin excepciones, pero todas éstas deben estar basadas en una regla especial de Derecho Internacional convencional o consuetudinario que restrinjan la primera ⁽¹³⁾.

A este respecto no hay diferencia entre el Jefe de Estado y los otros miembros del Estado ⁽¹⁴⁾. Que un Jefe de Estado no sea indi-

WEBSTER, Secretario de Estado, dirigiéndose al Attorney General Mr. Crittenden el 15 de marzo de 1841, le decía: "Todo lo que se pretende decir al presente, es desde que el ataque a la Caroline está manifestado como un acto nacional, que podría justificar las represalias, o aun la guerra general si el Gobierno de los Estados Unidos en el juicio que hará sobre los hechos y sobre sus propios deberes, se decide a ello, no obstante que plantea una cuestión enteramente pública y política, una cuestión entre naciones independientes; y que los individuos vinculados a ella no pueden ser arrestados y enjuiciados ante tribunales ordinarios como por violación de una ley municipal. Si el ataque a la Caroline fué injustificado, como este Gobierno afirma, la ley que ha sido violada es la ley de las naciones; y las reparaciones que van a solicitarse son las reparaciones provistas por ese código en tales casos. Cf. 2 MOORE, "A Digest of International Law" (1906) 179. Véase, igualmente, "Woerterbuch des Voelkerrechts und der Diplomatie Veransgegeben von K. Strupp", vol. 2, p. 2.

(13) Véase p. 345.

(14) En el Memorandum de los miembros norteamericanos de la Comisión sobre Responsabilidades, establecida al final de la guerra europea número uno por la Conferencia Preliminar de Paz (1920) 14 "Am. J. Int. Law", se afirma: "Los procedimientos contra una persona en "ejercicio del cargo" son "en efecto" procedimientos "contra el Estado". Los miembros norteamericanos de la Comisión de Responsabilidades adelantaron este argumento para justificar su oposición contra la intención de llevar a Guillermo II ante un Tribunal internacional de justicia. Ellos rehusaron someter a un Jefe de Estado "a un grado de responsabilidad hasta ahora desconocido por la ley municipal o internacional" (p. 135). En su Memorandum, declararon: "Sus actos (del Jefe de Estado) pueden y deben obligar a su país y hacerlo responsable por actos que ha cometido en su nombre e interés, o bajo su autoridad; pero él es, y es admisible que lo sea, solamente responsable ante su país... La ley ante la cual el Jefe de Estado es responsable es la ley de su país, no la ley de un país o de un grupo de países extranjeros..." Otro pasaje del Memorandum dice (p. 148): "que los Jefes de Estado son, como agentes del pueblo en quien la soberanía de todo Estado reside, responsable ante el pueblo por los actos ilegales que puedan haber cometido, y que ellos no son y no podrían ser hechos responsables ante otra soberanía...; que la esencia de la soberanía consiste en el hecho de no ser responsables ante ninguna soberanía extranjera; que en el ejercicio de los poderes soberanos que han sido conferidos sobre él por el pueblo, un Monarca o Jefe de Estado actúa como su agente; y que él es responsable solamente ante ellos; y que no es responsable ante ningún otro pueblo o grupo de pueblos del mundo". Aparte de la confusión de la doctrina de la soberanía popular (no aplicable a algunos Estados monárquicos) con el principio jurídico de la soberanía del Estado y aparte de la que afirman discu-

vidualmente responsable ante otro Estado por actos realizados por él, en su capacidad de órgano del Estado, no se debe a un privilegio especial de exención de la jurisdicción criminal y civil respecto a otro Estado por su condición de Jefe, y mantenida por el Derecho Internacional general. La no-responsabilidad del Jefe de Estado por sus actos de Estado, es la consecuencia de una regla de Derecho Internacional que dice que ningún Estado puede reclamar jurisdicción, ejercida por sus tribunales, sobre actos de otro Estado. El privilegio personal de exención de la jurisdicción civil y criminal de otro Estado, mantenida por el Derecho Internacional sobre los Jefes de Estado, se refiere en primer lugar, no a actos de Estado realizado por el Jefe, sino más bien a actos cometidos en el extranjero por el Jefe de Estado en su carácter de persona privada. Consecuentemente, el mismo privilegio debe ser y es mantenido por el Derecho Internacional sobre la esposa del Jefe de Estado, la que nunca podría realizar actos de Estado. El privilegio personal de extraterritorialidad debe ser otorgado al Jefe de Estado solamente mientras esté en su cargo, y no después que haya sido depuesto, o haya abdicado, o su término haya expirado. Por su acto de Estado, sin embargo, él no es responsable ante otro Estado, ni aun después de haber sido depuesto, o de su abdicación o expiración del término del mandato, desde que el mismo fué realizado cuando aun estaba en ejercicio; de otra manera ese no hubiese sido un acto de Estado. La no-responsabilidad del Jefe de Estado por sus actos de Estado, basada en la regla que ningún Estado puede reclamar jurisdicción sobre los actos de otro Estado, funciona también en caso de que el Jefe de Estado haya caído en manos de sus enemigos como prisionero de guerra, aun cuando su privilegio personal de extraterritorialidad no funcione, ya que

tible que los Jefes de Estados son siempre responsables ante el pueblo, la tesis defendida por los miembros norteamericanos de la Comisión de Responsabilidades: que el Jefe de Estado, actuando como agente del mismo, no es responsable ante otro Estado, es indudablemente correcta. Este principio se aplica no solamente a los Jefes de Estado sino también a todos los individuos que actúan como agentes de un Estado. Si el Estado es soberano, todo agente del mismo ejercita la soberanía del Estado; y el principio que ninguna soberanía es responsable ante otra soberanía no es sino una fórmula más general de la regla que ningún Estado está sujeto a la jurisdicción de otro Estado.

está limitado al tiempo de paz y no se aplique en tiempo de guerra. No hay razón suficiente para sostener que la regla de derecho general consuetudinario bajo la cual ningún Estado puede reclamar jurisdicción sobre los actos de otro Estado, sea suspendida por la iniciación de la guerra, y consecuentemente que ella no sea aplicable a las relaciones entre los beligerantes ⁽¹⁵⁾.

La exclusión de la responsabilidad individual constituye la diferencia que existe entre la responsabilidad colectiva del Estado por sus propios actos, su responsabilidad "original", y la responsabilidad colectiva del Estado por actos que no son los suyos —principalmente ciertas violaciones a la ley internacional cometidas por individuos sin obedecer órdenes del gobierno o sin su autorización— y que ocasionan la responsabilidad "subsidiaria" del Estado. Esta clase de responsabilidad estatal no excluye la responsabilidad individual de los que han cometido los actos violatorios de la ley internacional; por el contrario, su responsabilidad individual está implicada por la responsabilidad colectiva del Estado en cuanto éste está obligado por la ley internacional a castigar esos individuos y compelerlos a reparar el daño ilegalmente causado.

Si los individuos fueran penados por actos que han realizado como actos de Estado, por tribunales de otro Estado, o por un tribunal internacional, las bases legales del juicio, como regla, deberían ser un tratado internacional concluído con el Estado cuyos actos van a ser castigados, y por el cual la jurisdicción sobre esos individuos es conferida a dicho tribunal nacional o internacional. Si es un tribunal nacional, funciona entonces, al menos indirectamente, como tribunal internacional. Es nacional solamente respecto a su composición, en cuanto sus jueces son nombrados por un solo gobierno; es internacional respecto a las bases legales de su jurisdicción.

La ley de un Estado no contiene normas que importen sanciones a actos de otros Estados que violan la ley internacional. El recurrir a la guerra desconociendo una regla de Derecho Internacional particular o general, es una violación a la ley internacional,

(15) Véase infra, p. 343.

pero no es al mismo tiempo una violación de la ley penal nacional, como son las violaciones de las reglas de Derecho Internacional que regulan las acciones o conducta de guerra. El derecho sustantivo aplicado por un tribunal nacional competente para castigar individuos por tales actos, debe ser solamente derecho internacional. De allí que el tratado internacional debe no solamente determinar el delito sino también la pena, o debe autorizar al tribunal internacional para fijar la pena que considere adecuada. Si un tribunal nacional es autorizado a ello y si la constitución nacional obliga al mismo a aplicar solamente normas creadas por el órgano legislativo (u otro con facultad de dictarlas) del Estado, las normas de Derecho Internacional autorizando a éste a penar individuos que como órganos de otro Estado han violado la ley internacional, deben ser transformadas en normas de ley nacional del Estado a cuya jurisdicción dichos individuos están sometidos por el tratado. Un tratado internacional autorizando a un tribunal a penar individuos por actos que ellos han realizado como actos de Estado, constituye una norma de Derecho Penal Internacional con fuerza retroactiva; porque los actos no fueron en el momento de ser cometidos, crímenes por los cuales los individuos que los realizaron fueran responsables. No hay regla de Derecho Internacional consuetudinario prohibiendo el establecimiento de normas con fuerza retroactiva, de esas llamadas leyes *ex post facto*. Pero algunas Constituciones de Estado las prohíben expresamente, y es un principio de derecho criminal reconocido por la mayoría de las naciones civilizadas que no puede atribuirse castigo a un acto que no era legalmente punible en el momento de ser realizado. Algunos autores, abandonando la posición positivista afirman que no solamente la costumbre y los tratados sino también los principios generales del derecho deben ser considerados como fuentes del Derecho Internacional ⁽¹⁶⁾.

(16) En el "Report of the Subcommittee on the Trial and Punishment of War Criminals" nombrado por la "House of Delegates of the American Bar Association" el 20 de julio de 1943, y publicado el mismo año (1943) en el 37 "Am. J. Int. Law", 663, se dice: "Los principios de derecho criminal generalmente aceptados entre las naciones civilizadas, son también una fuente

Esta doctrina es muy discutible, y aunque se acepte, no excluye un tratado internacional autorizando a un tribunal a penar las personas moralmente responsables por la segunda guerra mundial. El principio prohibiendo el establecimiento de normas con fuerza retroactiva, como regla de derecho nacional positivo, no es sin diversas excepciones. Su fundamento es la idea moral que no es justo hacer a un individuo responsable, por un acto que cuando lo realizó no sabía, y no podía saberlo que era dañoso. Empero, si el acto fué en el momento de su realización moralmente malo, aunque no legalmente prohibido, una ley atribuyéndole una sanción ex post facto, es retroactiva solamente desde el punto de vista legal, pero no desde un punto de vista moral. Dicha ley no es contraria a la idea moral que es la base del principio en cuestión. Esto es particularmente verdadero en el caso de un tratado internacional por el cual los individuos eran responsabilizados por haber violado, en su capacidad de órganos del Estado, la ley internacional. Moralmente ellos eran responsables por la violación de la ley internacional desde el momento que cometieron un acto injusto, no sólo desde un punto de vista moral sino también legal. El tratado sólo transforma la responsabilidad moral en responsabilidad legal. El principio prohibiendo las leyes ex post facto no es —con toda razón— aplicable a tal tratado.

VI

En su informe presentado a la Conferencia Preliminar de Paz el 29 de marzo de 1919, la Comisión sobre Responsabilidades de los Autores de la guerra y Cumplimiento de Penalidades, distinguieron "dos clases de actos culpables: a) actos que provocaron la guerra mundial y acompañaron su comienzo; b) violaciones de las leyes y costumbres de guerra, y de las leyes de humanidad". La

propia del Derecho Internacional. Si se plantea alguna duda, deberá ser prontamente resuelta de acuerdo a cómo es la ley pertinente y según el procedimiento y penalidades que admite. Debe tenerse mucha precaución para excluir todo lo que pueda imparcialmente ser denunciado como legislado después del suceso".

Comisión aconsejó que “los actos que provocaron la guerra no podían ser imputados a sus autores y hacer a éstos objetos de procedimiento ante un Tribunal”. Sin embargo, el Tratado de Paz de Versalles estipuló en el artículo 227: “Los Aliados y Poderes Asociados denuncian públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, Emperador de Alemania, por una suprema ofensa contra la moral internacional y la santidad de los Tratados. Un tribunal especial será constituido para procesar al acusado, asegurándole así las garantías esenciales del derecho de defensa. El estará compuesto de cinco jueces, nombrando uno cada uno de los siguientes Poderes: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón”..

La fórmula “por una suprema ofensa contra la moral internacional y la santidad de los Tratados” es insincera e inconsistente. La verdadera razón para la sumisión del Kaiser a una corte criminal era que se lo consideró a él, el principal autor de la guerra, y la iniciación de la misma fué considerada un crimen. El artículo 227 habla de “una ofensa contra la moral internacional” para evitar hablar de una violación de la ley internacional. Pero si una norma legal —tal la establecida en un tratado internacional— acompaña castigo a una ofensa a la moral, castigo que debe ser impuesto al ofensor por una Corte, la ofensa asume “ex post facto” el carácter de una violación de la ley. El artículo 227 habla también de una ofensa contra la “santidad de los Tratados”. Esto significa una violación de los Tratados, lo que también es delito según la ley internacional.

La principal razón para el consejo negativo de la Comisión de Responsabilidades fué, en primer lugar y de acuerdo a la opinión de la Comisión, que “una guerra de agresión no puede ser considerada como un acto directamente contrario a la ley positiva, o como un acto que puede ser llevado con éxito ante un tribunal, según los términos de referencia bajo los cuales está obligada la convención a considerarlo; en segundo lugar, que “toda investigación sobre los causantes de la guerra, debe, para ser exhaustiva, extenderse sobre sucesos que habían acaecido durante varios años en diferentes países europeos, lo que plantearía muchos problemas

difíciles y complejos, que deberían ser propiamente investigados por historiadores y estadistas, más que por un Tribunal apropiado sólo para el enjuiciamiento de ofensores de las leyes y costumbres de la guerra”.

La afirmación de que la guerra de agresión no es un acto contrario a la ley positiva, es al menos muy dudosa. El principio del “bellum justum” es considerado por autores reconocidos, como una regla de derecho internacional positivo. Es justamente el Tratado de Paz de Versalles y los otros Tratados de Paz de 1919-1929 los que confirman la doctrina del “bellum justum”.

Los Tratados de Paz no obligaron a los Estados vencidos a pagar una indemnización de guerra sino más bien a hacer reparaciones. La obligación de reparaciones es considerada como una consecuencia unida por el Derecho Internacional general a la violación de la ley internacional. El hecho de que los Tratados de Paz substituyan la obligación de reparación establecida por el derecho internacional general y simplemente especificados en los Tratados de Paz, por una indemnización de guerra, presupone que los daños infligidos por ésta, son considerados como ilegalmente causados. Este es el significado del artículo 231 del Tratado de Paz de Versalles estableciendo la culpabilidad alemana:

“Los Aliados y los Gobiernos Asociados afirman: Alemania acepta la responsabilidad de Alemania y sus Aliados, por causar todas las pérdidas y daños que los Aliados, los Gobiernos Asociados y sus habitantes han estado sujetos como consecuencia de la guerra impuesta a ellos por la agresión de Alemania y sus Aliados”.

La afirmación que la guerra fué “impuesta” a los Aliados y los Gobiernos Asociados “por la agresión de Alemania y sus Aliados” significa que Alemania y sus Aliados han violado la ley internacional por iniciar la guerra. De otra manera la obligación de reparar el daño causado por la guerra no sería justificable desde que el daño no podría haber sido ilegítimamente causado. Solamente sobre la base de la doctrina del “bellum justum”, es posible la “guerra culpable”.

Cuando se inició la segunda Guerra Mundial, la situación

legal era diferente a la que existía cuando se inició la primera. Los Poderes del Eje eran partes contratantes del Pacto Kellogg-Briand por el cual la iniciación de una guerra de agresión era un delito; y Alemania violó, atacando a Polonia y a Rusia, a más del Pacto Kellogg-Briand, pactos de no agresión que tenía con dichos Estados atacados,

La investigación sobre los causantes de la Segunda Guerra Mundial no trae problemas de extraordinaria complejidad. Ni tanto las "questio juris" ni las "questio facti" ofrecen problemas serios a un tribunal. No hay, por lo tanto, razón para renunciar a hacer cargos criminales contra las personas moralmente responsables del comienzo de la segunda Guerra Mundial. En cuanto esta es también una cuestión sobre la ley constitucional de los Poderes del Eje, la respuesta se simplifica por el hecho de que esos Estados estaban más o menos bajo regímenes dictatoriales, de manera que el número de personas que tenían el poder legal de conducir su país a la guerra es en cada uno de las Naciones del Eje muy pequeño. En Alemania es probablemente el Fuehrer solo; en Italia, el Duce y el Rey; en Japón, el Primer Ministro y el Emperador. Si la afirmación atribuída a Luis XIV, El "Etat c' est moi" es aplicable a toda dictadura, el castigo de los dictadores comprende casi el castigo del Estado. Otra cuestión es, si sería posible actualmente, apoderarse de esas personas para llevarlas a la justicia.

VII

Los crímenes de guerra, en el más estricto sentido del término, son los actos por los cuales se violan reglas de Derecho Internacional que regulan la conducción de la guerra. Ellos son cometidos por miembros de las fuerzas armadas de los beligerantes. Como señalamos, el término "crimen de guerra" algunas veces comprende también todas las hostilidades armadas cometidas por individuos que no son miembros de las fuerzas armadas, actos de guerrillas cometidos por personas privadas que toman las armas contra el enemigo, y más ampliamente, el espionaje, la traición de

guerra y todos los actos de pillaje (17). La mayoría de los actos de constituyen violación a las reglas de guerra son al mismo tiempo violaciones de la ley criminal general, tales el asesinato, el pillaje, el robo, los actos de incendio, violencia, rapiña y otros parecidos. "El principio —dice Garner (18)—, que el soldado individual que comete actos en violación de las leyes de guerra (cuando esos actos son al mismo tiempo ofensas contra la ley criminal general), podría ser sujeto a un tribunal y castigado, no solamente por los Tribunales de su propio Estado sino también por los Tribunales del Estado adversario, en caso de caer en manos de las autoridades del mismo, ha sido sostenido desde hace largo tiempo...". Los actos en cuestión son considerados punibles por los Tribunales del Estado adversario porque ellos constituyen crímenes, de acuerdo a su propia ley nacional. Pero sucede que casi todos los actos de guerra, aún los legítimos, constituyen crímenes, de acuerdo a la ley criminal, desde que los actos de guerra son actos de privación de la vida, libertad, propiedad, realizados por la fuerza y prohibidos por la ley criminal. Sin embargo, los actos legítimos de guerra no son penables por los Tribunales del Estado a que pertenecen las víctimas. Un Estado que pena como asesinos o incendiarios soldados que como miembros de las fuerzas armadas del enemigo han matado en batallas soldados de sus fuerzas armadas o han incendiado casas pertenecientes a sus ciudadanos, viola abiertamente la ley internacional. ¿Qué priva a estos actos su carácter criminal? ¿Qué excluye la responsabilidad criminal de los individuos que han realizado estos actos? La respuesta usual es que estos actos están en conformidad con la ley internacional que permite a los beligerantes privar por la fuerza a los miembros de las fuerzas armadas enemigas de sus vidas y libertad, destrozando las propiedades de sus ciudadanos y realizar actos parecidos. Ellos son actos de guerra "legítimos" solamente cuando han sido realizados en conformidad con la ley internacional; . . . "de otra forma, ellos son asesinatos o robos y sus autores pueden someterse a castigo como

(17) Véase supra, p. 319.

(18) Véase GARNER, "International Law and the World War" (1920), p. 472.

criminales" (19). El hecho de que un acto esté permitido por la ley internacional priva al mismo de su carácter criminal; el hecho de que un acto esté prohibido por la ley internacional, mantiene su carácter criminal de acuerdo a la ley nacional.

Esta doctrina no es mantenible. La afirmación que ciertos legítimos de guerra están "permitidos" por la ley internacional, significa que la ley internacional no los "prohíbe". Legalmente permitido es lo que no está legalmente prohibido; la afirmación que la ley internacional no prohíbe aquellos actos, significa que no asigna a los mismos ninguna sanción. Una acción está legalmente prohibida si ella es la condición de una sanción. El hecho negativo que la ley internacional no prohíbe ciertos actos porque no los acompaña con sanción, no puede excluir la posibilidad legal que la ley nacional acompañe sanciones a los mismos, y por lo tanto sean prohibidos. La ley nacional acompaña sanción a muchos actos que no están prohibidos —y esto significa "permitidos" (en el sentido negativo del término)— por la ley internacional, sin violar la ley internacional. Un individuo ciudadano del Estado A, cuando comete un robo contra un individuo ciudadano de un Estado B, en el territorio del Estado A, no viola la ley internacional. Esta no prohíbe tal acto y no hace al Estado A responsable por él. Pero el Estado B no viola la ley internacional cuando cae en manos de sus autoridades. De hecho, que un acto no esté prohibido (y por lo tanto "permitido" en un sentido negativo) por la ley internacional, no priva al acto de su característica criminal si el mismo es considerado como un crimen por la ley nacional.

Sin embargo, el término "permitido" puede tener un sentido positivo. El se expresa por "autorización". La ley "autoriza" a un individuo, confiriendo sobre el mismo un poder legal, un "derecho", en el sentido técnico del término. La ley "autoriza" a un individuo a realizar un acto al que la ley agrega un efecto legal: el efecto legal deseado por la acción individual. El matar,

(19) Ibid. at p. 473, following RENAULT, *De l'application du Droit Pénal aux faits de guerre* (1928) 25., "Revue Générale de Droit International Public", 10.

herir, capturar seres humanos en la guerra no son actos por los cuales se desean efectos legales, tal como se desea en una transacción legal o en una acción llevada ante los Tribunales. Ellos están "permitidos" por la ley internacional sólo en el sentido negativo del término. Esto es especialmente verdadero si la guerra, como muchos escritores sostienen, no es una acción legal autorizada por la ley internacional como reacción contra un "delito" internacional, esto es, como "guerra justa", y por lo tanto prohibida como delito. Está encuadrado en las bases de la teoría del "bellum justum" —y la falacia de la otra doctrina puede ser probada— que un acto permitido por la ley internacional no debe ser penado de acuerdo a la ley nacional, de donde se deduce, como consecuencia lógica, que un acto que esté prohibido por la ley internacional puede ser penado de acuerdo a la ley nacional. Los actos normales de guerra realizados por miembros de fuerzas armadas envueltas en una guerra injusta, prohibida por el Derecho Internacional general o por un tratado particular, tal el Pacto Kellog-Briand no pueden ser considerados como "permitidos", ni en el negativo ni en el positivo sentido del término, desde que tal guerra está prohibida, y consecuentemente todos los actos particulares que en su totalidad constituyen la guerra, deben ser considerados como prohibidos (20). Sin embargo, un Estado que pena a un miembro de las fuerzas armadas del enemigo culpable de guerra injusta por haber matado en una batalla un miembro de las fuerzas armadas del Estado que reclama la jurisdicción, viola la ley internacional. El hecho de que el acto esté prohibido por la ley internacional no mantiene el carácter criminal que podría tener de acuerdo a la ley nacional.

Que un Estado viola la ley internacional al castigar como criminal, de acuerdo a su ley nacional, a un miembro de las fuer-

(20) La distinción entre actos "legítimos" y actos "ilegítimos" de guerra, realizados en una guerra prohibida por el Derecho Internacional general o particular es posible solamente en cuanto un acto de guerra "legítimo" constituye solamente una violación a la ley que prohíbe la misma, mientras que el acto "ilegítimo" de guerra constituye una violación no solamente a dicha regla sino también a las que regulan las acciones de guerra. Es muy posible que por un mismo acto sean violadas dos reglas diferentes, y que dos diferentes reglas impongan a un mismo acto, dos sanciones distintas.

zas enemigas por un acto legítimo de guerra, puede ser explicado solamente por el hecho de que el Estado, al hacer eso, determina la responsabilidad individual por un acto de otro Estado. De acuerdo a la ley internacional, el acto en cuestión debe ser imputado al Estado enemigo y no a los individuos que al servicio del mismo han realizado el acto. El no puede ser considerado un crimen de los individuos porque no puede ser considerado como un acto de ellos. El Derecho Internacional general prohíbe —como regla— que el Estado haga a una persona individualmente responsable por un acto cometido como acto de otro Estado. Consecuentemente, el individuo que realiza un acto de guerra como un acto de Estado no debe ser castigado por el mismo por el Estado enemigo, aun cuando el acto constituya una violación al Derecho Internacional, aunque la guerra como tal esté prohibida, o el acto en sí mismo constituya uno de los llamados “crímenes de guerra”. Porque un acto realizado por un individuo bajo las órdenes o con la autorización de su gobierno, es un acto de Estado, aun cuando constituya una violación a la ley internacional; y la responsabilidad por dicha violación de la ley internacional recae, de acuerdo a la ley internacional general, sobre el Estado colectivamente, y no sobre el individuo que al servicio del mismo ha realizado el acto ⁽²¹⁾. De otra forma no sería posible la violación del Derecho Internacional general, y de las reglas relativas en particular a las acciones de guerra, por parte del Estado. “La violación de normas relativas a las acciones de guerra”, escribe Oppenheim ⁽²²⁾, “son crímenes de guerra solamente cuando son cometidas sin una orden del gobierno del beligerante. Si los miembros de las fuerzas armadas cometen violaciones “por orden” de sus gobiernos” —y esto significa: si la violación de las reglas de guerra tienen el carácter de un acto

(21) BELLOT, *A Permanent International Criminal Court*, en “The International Law Association, Report of the Thirty-first Conference” (1923), vol. 1, p. 73. “Una orden del Gobierno... no puede hacer legal lo que es ilegal por el Derecho Internacional”. Eso es cierto, pero el hecho de que un acto sea “ilegal por el Derecho Internacional” no determina, necesariamente, la responsabilidad individual de los perpetradores. Como regla, ello determina solamente la responsabilidad colectiva del Estado cuyo Gobierno dió la orden.

(22) OPPENHEIM, op. cit., supra, nota 2 (1ª. a 5ª. ed.), § 253.

de Estado— “ellos no son criminales de guerra, y no pueden ser penados por el enemigo; este último podría, sin embargo, recurrir a represalias”. Las represalias son las sanciones específicas que establecen la responsabilidad colectiva del Estado. Si el crimen de guerra es un acto de Estado, la responsabilidad colectiva del Estado por ese acto, como regla, excluye la responsabilidad individual por él (23). El hecho que el acto esté prohibido por el Derecho Internacional no mantiene el carácter criminal que podría tener de acuerdo a la ley nacional. La afirmación de que el perpetuador de un acto que está prohibido por la ley internacional como crimen de guerra, debe ser personalmente penado por el Estado injuriado si cae en sus manos como prisionero y de acuerdo a la ley nacional del Estado, es correcta solamente con la restricción de que el acto no sea acto del Estado enemigo, y si es un acto del Estado enemigo, sólo es posible si se tiene el consentimiento de este último. Esta es la consecuencia del principio generalmente reconocido que ningún Estado tiene jurisdicción sobre los actos de otro Estado. La suspensión de este principio no debe ser considerada como uno de los efectos, sobre las relaciones de los beligerantes, de la iniciación de la guerra (24). Las normas de Derecho Internacional general consuetudinario permanecen con fuerzas —en principio— aun en tiempo de guerra (25). El principio de acuerdo al cual la responsabilidad colectiva del Estado por sus actos excluye la responsabilidad individual de los perpetradores, está por su naturaleza propia, destinado a jugar un rol importante, no solamente en tiempo de paz sino también en tiempo de guerra, desde que la guerra misma es uno de los más

(23) VERDROSS, “Voelkerrecht” (1937), en la página 298 formula correctamente dicha regla, como sigue: “El castigo (de un prisionero de guerra por un crimen de guerra) es inadmisiblesi el acto no ha sido realizado por propia cuenta (de la persona acusada) sino que puede ser imputado al Estado a que pertenece”. Un acto que puede ser imputado al Estado, es un acto de Estado.

(24) MERIGNAC, *De la sanction des infractions au Droit Genz*, en “Revue Générale de Droit International Public”, vol. 24, p. 49 (1917), dice: “La teoría del acto de gobierno es una teoría de paz, que desaparece en el curso de las hostilidades”. Esta afirmación es sin fundamento en el Derecho Internacional positivo.

(25) VERDROSS, *ibid.*, p. 293.

característicos actos de Estado, y dicho principio, una necesaria protección de los individuos que están obligados por la ley nacional, como órganos del Estado, a realizar esos actos. Sin embargo, la regla de derecho general consuetudinario que mantiene la inmunidad de los actos del Estado frente a la jurisdicción de otro Estado, tiene algunas excepciones como lo hemos notado en otro lugar. ¿Constituye la regla que dice que los prisioneros de guerra que han violado las leyes de la misma están sujetos a la ley y jurisdicción del Estado que los capturó, una restricción al principio de la inmunidad del Estado frente a la jurisdicción de otro Estado? Aquí está la cuestión. Sin examinar el problema con referencia al principio de la inmunidad del Estado frente a la jurisdicción de otro Estado, algunos autores sostienen que el hecho que un crimen de guerra sea cometido como un acto de Estado, no priva al hecho de su carácter de crimen punible por el Estado injuriado, de acuerdo a su ley nacional (26). Esta posición, sin embargo, es más que discutible. La jurisdicción criminal del Estado captor sobre los prisioneros de guerra es una restricción a la regla de acuerdo a la cual los miembros de las fuerzas armadas de un Estado extranjero están exentos de la jurisdicción del Estado sobre cuyo territorio ellos están situados. Desde que la jurisdicción sobre los prisioneros de guerra está basada en una restricción a otra regla, es procedente entonces una interpretación restrictiva de la regla que confiere jurisdicción al Estado captor, sobre dichos prisioneros. No hay razón para interpretar la regla referida, como una restricción a otra regla —principalmente, la que concierne a la inmunidad de un Estado frente a la jurisdicción de otro Estado, y que permite al Estado captor penar a prisioneros de guerra por actos cometidos como actos de sus Estados, pero sin el consentimiento de los mismos. La jurisdicción del Estado sobre los individuos que como prisioneros de guerra es

(26) Esta posición es adoptada también en la sexta edición del segundo tomo de OPPENHEIM, *International Law*, § 253 (1940) editado por H. Lauterpacht. Aquí dice, refiriéndose a la posición defendida en las cinco anteriores ediciones: "Es difícil considerarla como expresión de un firme principio legal". En la sexta edición no se distingue claramente el hecho de que el crimen de guerra sea un acto de Estado, de que haya sido realizado bajo órdenes superiores... Véase infra, p. 347.

tán en su territorio, puede también basarse en el principio general que todo Estado tiene jurisdicción exclusiva sobre todas las personas y cosas dentro de su territorio. Entre las restricciones a este principio, ocupa, sin duda, el primer lugar la norma relativa a la inmunidad de un Estado extranjero. Un Estado no puede eludir esta regla de Derecho Internacional general, calificando —en el sentido de su ley nacional— como crimen al acto de un Estado extranjero y persiguiendo al individuo perpetuador del mismo si cae en manos de sus autoridades. Esto, porque la persecución de un individuo por un acto que ha sido realizado como acto de un Estado extranjero, es dirigido contra el mismo Estado extranjero.

Una clara excepción es establecida por la norma que regula el espionaje y la traición de la guerra. El Derecho Internacional general autoriza al Estado contra el cual se ha realizado los actos de espionaje y de traición, a castigar a los perpetradores como criminales de guerra, aun cuando los referidos actos hayan sido cometidos bajo el comando o con la autorización del gobierno enemigo. En distinción a otros crímenes de guerra, los Estados no están obligados a impedir y a penar tales actos si son cometidos contra el enemigo, en su propio interés. Aun si los usan en interés propio, no violan por ello la ley internacional y consecuentemente no son responsables por ellos. En estos casos, el derecho general internacional solamente establece la responsabilidad individual de los perpetradores y no la responsabilidad colectiva de los Estados, aun cuando el acto tenga el carácter de un acto de Estado (27). En tanto que la responsabilidad individual

(27) Conf. 2 OPPENHEIM, op. cit., supra nota 3, en 328, 456; VERDROSS, op. cit., supra nota 23, en 298; KUNZ, "Kriegsrecht und Neutralitaestrecht" (1935), 67. Si debe admitirse que la ley internacional autoriza a los Estados injuriados por espionaje o traición de guerra a penar a los perpetradores, tanto el espionaje como la traición de guerra deben ser considerados como "crímenes" y consecuentemente, como (actos) prohibidos por la ley internacional. Porque "de lege lata", el único criterio legal de "crimen" como conducta prohibida por la ley, es que ésta —sea nacional o internacional— acompaña a dicha conducta un castigo. La cualidad de "crimen", o en un sentido más general, de delito, es completamente relativa. Una conducta es un delito en relación a la sanción (y especialmente al castigo) con que el orden legal la acompaña, y solamente en relación a este orden legal que impone dicha sanción a la conducta referida. El hecho de que el espionaje y la traición de guerra cometida contra el enemigo no sean delito y consecuentemente no estén prohibi-

por violación de las reglas de guerra cometidas como actos de Estado está excluida de acuerdo al Derecho Internacional general, el castigo de tales actos por un tribunal nacional enemigo o por un tribunal internacional, solamente es posible —sin violación del Derecho Internacional— si se tiene el consentimiento del Estado a que pertenece el delincuente, es decir, si se hace a base de un tratado internacional concluido con el Estado por cuyos actos los individuos que realizaron el hecho, deben ser penados. Solamente por medio de tal tratado, puede ser conferida la jurisdicción sobre los individuos a un tribunal nacional enemigo o a un tribunal internacional. La norma de Derecho Internacional convencional estableciendo sus responsabilidades individuales, tiene fuerza retroactiva.

Un tratado internacional, como base legal del juicio sobre crímenes de guerra, es necesario igualmente si los prisioneros de guerra van a ser enjuiciados después de concluida la paz por violaciones a las reglas de guerra no cometidas como actos de Estado. Esto, porque después de concluida la paz todos los prisioneros de guerra deben ser liberados de acuerdo al Derecho Internacional general, así como a la Convención de Ginebra de 1929. Cualquier restricción a esta regla sólo es posible si se tiene el consentimiento del Estado a que pertenece el prisionero. Es lógico que ese Estado a que pertenecen los prisioneros, tengan igualmente, jurisdicción sobre ellos. La jurisdicción del Estado apresor sobre crímenes de guerra no cometidos como actos de Estado, es solamente concurrente. Puesto que el Estado apresor está autorizado por el Derecho Internacional para penar miembros de las fuerzas armadas del enemigo (como prisioneros de guerra) por crímenes de guerra, el Estado a que pertenecen está obligado a castigar sus propios criminales de guerra; y el Estado injuriado tiene el derecho de solicitar el castigo.

El artículo 3 de la Convención de la Haya de 1907, dice: "Una parte beligerante que viole las provisiones de dichas Re-

dos de acuerdo a la ley del Estado en cuyo interés ellos han sido cometidos, es plenamente compatible con el hecho de que los mismos actos son delitos, y consecuentemente estén prohibidos por la ley del Estado contra el que se han cometido, y por la ley internacional en relación a dicho Estado injuriado.

gulaciones (anexas a la Convención) podrá, si el caso procede, ser obligada a pagar compensación. Ella será responsable por todos los actos cometidos por personas que formen parte de sus fuerzas armadas". Esto significa que un Estado beligerante no es solamente responsable por violación de las reglas de guerra cometidas como actos suyos, sino también por violaciones a esas reglas, cometidas por miembros de sus fuerzas armadas, aun cuando los actos concernientes no tengan el carácter de actos de Estado. Es esta responsabilidad del Estado beligerante la que implica el deber suyo de penar sus propios criminales de guerra.

VIII

La mayoría de los escritores en Derecho Internacional afirman que los crímenes de guerra constituyen solamente ofensas penales contra la ley nacional, y que ellos tienen únicamente un carácter "municipal" desde que la ley internacional no provee castigo para los ofensores ⁽²⁸⁾. Esta afirmación no es correcta. Si las violaciones de las normas internacionales de guerra constituyen actos de Estado, ellas tienen, de acuerdo a la ley positiva presente, no un carácter "penal" sino un carácter exclusivamente internacional. Si ellas no constituyen actos de Estado, y si son al mismo tiempo crímenes de acuerdo a la ley nacional, tienen un doble carácter; son ofensas contra la ley nacional e internacional al mismo tiempo. El Derecho Internacional general, es cierto, no determina directamente la penalidad que debe aplicarse al criminal. Pero la ley internacional obliga a los Estados cuyos miembros han violado, como órganos de sus fuerzas armadas las leyes de guerra, a castigar a los criminales; y la ley general internacional autoriza a los beligerantes a penar a un enemigo que ha caído en manos de sus autoridades como prisioneros de guerra, por haber violado, antes de su captura, las leyes de guerra. Es con respecto a esta autorización de castigar al enemigo que es crimi-

(28) Conf. MANNER, *The Legal Nature and Punishment of Criminal Acts of Violence Contrary to the Laws of War*, (1943) 37 "Am. J. Int. Law", 407.

nal de guerra, que los crímenes de guerra se definen usualmente como "los actos hostiles u otros actos de soldados o individuos que pueden ser punibles por el enemigo en caso de captura de los ofensores" (29). Esta definición no es muy correcta desde que se refiere solamente a los crímenes de guerra, en su relación con el enemigo e ignora el hecho que los crímenes de guerra son delitos también en relación al Estado cuyos miembros han cometido los crímenes, que esos crímenes están directamente determinados por la ley internacional y que el Estado a que pertenece el delincuente está obligado por la ley internacional (no solamente está autorizado, como el enemigo) a castigar a los criminales. Obligando a los Estados a castigar a sus propios criminales de guerra y autorizándolos a penar los criminales de guerra enemigos, la ley internacional prevee, al menos indirectamente, el castigo de los mismos. Ella deja a la ley nacional especificar las penalidades; y la pena de muerte no está excluida por la ley internacional. Consecuentemente, es incorrecto hablar de "ausencia de crimen de guerra internacional" (30). La primera mencionada obligación de los Estados no es sino una consecuencia de sus obligaciones generales de ejecutar la ley internacional dentro de la esfera de validez de su propia ordenación legal. Esto está expresamente estipulado, por ejemplo, en el artículo 1 de la Convención de la Haya de 1899 y 1907 sobre Guerra Terrestre, en el artículo 8 de la Convención de la Cruz Roja de 1906, en el artículo 29 de la Convención de la Cruz Roja de 1929, y en el artículo 21 de la Convención de la Haya de 1907 relativa a la Adaptación de los principios de la Convención de Ginebra a la Guerra Marítima. Las leyes criminales nacionales que otorgan penas a los crímenes de guerra, i. e. a actos prohibidos por la ley internacional de guerra, están promulgadas en cumplimiento de las obligaciones del Estado de cumplir la ley internacional dentro de la esfera de

(29) 2 OPPENHEIM, op. cit., supra, nota 3, en 451.

(30) MANNER, op. cit., supra nota 24, en 408, dice: "Ni el individuo ni el Estado pueden incurrir en responsabilidad bajo el actual Derecho Internacional". Solamente el Estado no incurre en responsabilidad criminal en el actual Derecho Internacional. Los individuos incurren, al menos indirectamente, en dicha responsabilidad.

su poder. La aplicación de la ley nacional a un crimen de guerra es al mismo tiempo una ejecución de la ley internacional. La ley nacional es un requisito intermedio exigido por la Constitución del Estado que autoriza a los tribunales a aplicar solamente leyes emanadas del poder legislativo propio del Estado. Si no existe dicha restricción constitucional, o si de acuerdo a la Constitución, la ley internacional es considerada parte de la ley nacional, una aplicación directa de las normas internacionales de guerra por los tribunales del Estado, es plenamente posible. Pero desde que estas normas no especifican el castigo, un acto de la ley nacional determinando las penalidades por los crímenes de guerra es siempre necesario, y si es que estos crímenes de guerra no constituyen al mismo tiempo crímenes ordinarios de acuerdo a la ley criminal del Estado ⁽³¹⁾.

Si los crímenes en cuestión constituyen sólo meras ofensas según la ley nacional, y su castigo no significa una aplicación de la ley internacional, entonces difícilmente se podría hablar de crímenes de guerra. Ellos son crímenes de guerra sólo en

(31) SCHWARZENBERGER, *War Crimes and the Problem of an International Criminal Court* (1924) *Czechoslovak Yearbook of International Law*, 70. "La ley internacional automáticamente autoriza la pena de muerte en lo relativo a todos los crímenes de guerra, y no puede presumirse que todos los beligerantes han renunciado al derecho de aplicar la pena de acuerdo a este uso internacional. Si, por consiguiente, un beligerante prefiriera aplicar su propia ley criminal, confiere con eso un favor al criminal de guerra: porque toda graduación de crímenes y penas... importa una limitación propia de los beligerantes interesados". La ley internacional no autoriza "automáticamente" la pena de muerte por crímenes de guerra. Únicamente no la excluye. La cuestión de que si un beligerante puede o no aplicar directamente las reglas de Derecho Internacional de guerra, o debe aplicar su propia ley criminal cumpliendo las normas de la ley internacional, depende de su propia Constitución. La aplicación de la propia ley criminal de un beligerante no es un favor que se hace al criminal, porque la directa aplicación de la ley internacional no implica necesariamente la inflicción de la pena de muerte sobre el criminal. La especificación de la penalidad, es de todos modos, un acto de ley nacional, desde que la ley internacional no especifica por sí misma la penalidad. En cuanto a la determinación de la penalidad se refiere, es imposible una aplicación directa de la ley internacional. Esta solamente responde a la cuestión si ciertos actos están o deben estar acompañados de castigo, y deja a la ley nacional responder a la cuestión de qué castigo debe imponerse al acto determinado por la referida ley internacional. Consecuentemente, la "graduación" del castigo no importa una "limitación particular" hecha por los beligerantes, sino es simplemente el ejercicio de discreción dejado al Estado por la ley internacional.

cuanto constituyen violación a las normas de guerra, y estas normas son, en primer lugar, normas de Derecho Internacional. La ley criminal nacional sanciona penas para los crímenes ordinarios, tales el asesinato, robo, etc. Si un Código de derecho criminal militar sanciona penas por el hecho de matar a los heridos, al rechazo de la solicitud de cuartel, el uso de armas envenenadas, el pillaje realizado por miembros de las fuerzas armadas y hechos parecidos, lo hace para cumplir las normas del Derecho Internacional que prohíben estos actos. En ausencia de dicho código de ley nacional y descartando la posibilidad de una directa aplicación de la ley internacional, los llamados criminales de guerra podrían sólo ser penados por la comisión de crímenes ordinarios. El mal uso de la bandera de la Cruz Roja nunca será considerado un crimen por la ley nacional, si es que ésta no tuvo la intención de cumplir con la Convención de Ginebra.

IX

Los tribunales nacionales que en base de la ley nacional enjuician individuos por crímenes de guerra, se encuentran a veces frente a serias dificultades cuando el acto que constituye el crimen de guerra ha sido cometido obedeciendo órdenes superiores. Esto último no implica, necesariamente, que el acto sea un acto de Estado. Es un acto de Estado sólo cuando la orden misma es un acto de Estado, y esto es sólo en el caso de que la orden haya sido dada por el gobierno (Jefe de Estado, ministerio, miembros del ministerio, parlamento), o dada por el comando, o dada con autorización del gobierno. El hecho de que si un acto es no acto de Estado constituye un problema de Derecho Internacional general ⁽³²⁾ el que, como regla, excluye la responsabilidad individual por tales actos. El que un acto sea realizado bajo órdenes superiores, constituye un problema de ley criminal nacional. El pro-

(32) La responsabilidad por actos de Estado, no es por cierto, solamente un problema de Derecho Internacional sino también de derecho nacional. Véase supra, p. 329.

blema es si el argumento de obedecer órdenes superiores es admitido por la ley criminal nacional como una defensa contra la persecución de un individuo imputado con un crimen de guerra y si la persona que ejecutó la orden o solamente el individuo que la impartió puede ser hecho responsable y penado por el acto. La persecución y castigo de un individuo por un tribunal enemigo, por un acto que tuvo el carácter de acto de Estado, sin el consentimiento del Estado responsable por el acto, es una violación a la ley internacional. El castigo de un individuo por un acto que ha sido realizado bajo órdenes superiores puede ser o no, una violación de la ley nacional. En cuanto a la admisibilidad de la defensa basada en el cumplimiento de órdenes superiores, difieren tanto los ordenamientos jurídicos positivos como las opiniones de los juristas. Desde un punto de vista militar, la defensa debe ser admitida. La disciplina es posible solamente a base de una incondicional obediencia del subordinado, con su complemento en la exclusiva responsabilidad del superior. El artículo 347 del "Basic Field Manual: Rules of Land Warfare" (FM 27110) publicado por el Departamento de Guerra de los Estados Unidos en 1940 (después de enumerar las posibles ofensas por fuerzas armadas) estipula: "Los miembros de las fuerzas armadas no podrán ser penados por sus actos en caso de que éstos sean cometidos bajo las órdenes o sanciones de sus gobiernos o comandantes. Los comandantes que ordenen la comisión de tales actos, o bajo cuya autoridad los cometieron las tropas, pueden ser castigados por los beligerantes que los aprisionaran".

Algunos ordenamientos jurídicos nacionales no admiten la defensa de órdenes superiores, si el comando mismo es ilegal, y por consiguiente, nulo "ab initio". La ejecución de una orden legal no puede ser nunca castigada como un crimen. Si la orden es dada como una norma general o individual por el gobierno, o dada en base de la misma, es raramente ilegal en el sentido de ser nula "ab initio". La norma general o individual que constituye la orden es normalmente nula —no nula "ab initio"— solamente cuando no está de conformidad con otra norma superior o una ley nacional. Este es el caso en que el crimen de guerra ha sido

cometido bajo las sanciones de un estatuto "inconstitucional", o de un decreto "ilegal" del gobierno, o de una regulación "ilegal" del ejército. Mientras tal norma no sea invalidada por autoridad competente, es válida; mientras sea válida, debe ser considerada en relación al individuo que la ejecutó, como una orden legal. Los casos de nulidad absoluta (no de mera anulabilidad) de actos de gobierno, son muy raros. Por otra parte, el poder legal conferido sobre el gobierno por una ley nacional y en particular por la ley de un Estado autocrático como el nazi-alemán —que significa poder conferido al Jefe de Estado como Comandante en jefe de las fuerzas armadas respecto a la conducción de la guerra—, es casi ilimitado. El gobierno está casi siempre, desde el punto de vista de su ley nacional, en condiciones de justificar sus actos por necesidades de guerra. Consecuentemente, es difícil repudiar la excusa de "órdenes superiores" argumentando que la orden fué ilegal, cuando la orden ha sido dada por el gobierno o está basada en una orden del gobierno. La ilegalidad de la orden, como justificación del rechazo de la excusa de "órdenes superiores", si es aplicable, está casi completamente restringida a casos de órdenes dadas por órganos relativamente subordinados, sin autorización de parte de sus gobiernos.

De acuerdo a la ley de algunos Estados, la defensa de "órdenes superiores" puede ser rechazada si la orden fué manifiesta e indiscutiblemente contraria a la ley. No es suficiente que la orden fuera objetivamente ilegal. La orden debió ser "universalmente conocida por todos, incluyendo también al acusado, y sin duda alguna de que era contraria a la ley" (33). Tales casos son, obviamente, muy raros, especialmente cuando la ilegalidad de la orden consistía en una violación a la ley internacional. En estos casos la situación es totalmente diferente de aquellos en que la ilegitimidad de la orden constituye solamente una violación a la ley criminal general. Todo el mundo sabe, a está en condiciones de saber, lo que prohíbe la ley criminal general de su país. ¿Pero es realmente posible suponer que todo soldado sabe lo que prohíbe la

(33) Decisión del German Reichsgericht, en Leipzig, en el caso de "Llandoverly Castle", transcrito por MULLINS, "The Leipzig Trials" (1921), 131.

ley internacional? La violación de la ley internacional es, de acuerdo a la misma ley internacional, permitida como represalia. Esto es de particular importancia respecto a las normas de guerra, desde que las únicas sanciones posibles previstas por la ley internacional contra una violación de sus reglas, son las represalias. ¿Cómo puede un soldado conocer que una orden que constituye una violación a las reglas de guerra no es una represalia, y por lo tanto está permitida? ¿Cómo puede él considerar que tal orden es "sin ninguna duda" contra la ley? La idea de justicia, que es la base de la ley penal militar, no es ciertamente favorable a la persecución de individuos que han cometido crímenes de guerra respondiendo a un comando superior. Desde que la mayoría de los crímenes de guerra por los cuales se solicita castigo, y en particular casi todos los crímenes de guerra políticamente importantes son cometidos bajo órdenes superiores que difícilmente se las supone manifiesta e indiscutiblemente ilegales, los tribunales nacionales que aplican la ley nacional criminal no están generalmente predispuestos al castigo de los crímenes de guerra que la opinión pública solicita. Y los tribunales nacionales a que pertenece el acusado están especialmente contra-predispuestos. Estos tribunales están más inclinados a admitir la defensa de "órdenes superiores" que los tribunales enemigos. Esto ha sido probado en el famoso juicio a los criminales de guerra alemanes, después de la primera guerra mundial ⁽³⁴⁾.

(34) El caso más interesante es el juicio del Teniente Karl Neumann, Comandante de un submarino alemán, que admitió haber torpedeado y hundido el barco hospital británico "Dover Castle". Declaró que al hacer eso, simplemente cumplió una orden del Almirantazgo, su autoridad superior. Respecto a esta orden, las circunstancias fueron las siguientes: el Gobierno Alemán estaba creyendo que los Gobiernos enemigos utilizaban sus barcos hospitales no solamente para el transporte de heridos, enfermos y náufragos de barcos torpedeados, sino también con propósitos militares y que por consiguiente estaban violando la ley internacional. El Gobierno Alemán declaró que se vió obligado a restringir la navegación de barcos hospitales enemigos. En una orden que el Almirantazgo dió el 19 de marzo de 1917 a la Flotilla Alemana del Mediterráneo, la que corresponde con un memorandum del Gobierno Alemán de la misma fecha dirigido a los gobiernos enemigos, se notificaba que los barcos hospitales tenían que ser anunciados por lo menos seis semanas antes y seguir una ruta previamente determinada cuando dejaran Grecia. Todos los otros barcos hospitales enemigos que navegasen en el Mediterráneo podrían ser considerados como naves de guerra y por

X

De acuerdo a una posición generalmente aceptada, y mencionada anteriormente, un beligerante tiene jurisdicción sobre prisioneros de guerra por los crímenes de guerra cometidos por éstos ante

lo tanto, atacados. El acusado, informó la Corte, "tuvo la opinión que las medidas tomadas por el Almirantazgo Alemán contra los barcos hospitales enemigos no era contraria a la ley internacional, sino que constituían una legítima represalia... Es un principio militar que el subordinado está obligado a obedecer las órdenes de sus superiores. Este deber de obediencia es de importancia considerable, desde el punto de vista del derecho penal. Sus consecuencias es que cuando el cumplimiento de una orden envuelve una ofensa contra la ley penal, el único responsable es el superior que la impartió. El Comando del Almirantazgo era la más alta autoridad que tenía el acusado. El estaba obligado a obedecer sus órdenes en asuntos militares. Lo que él hacía en este sentido, estaba libre de responsabilidad criminal. Por consiguiente, él no podía ser hecho responsable por el hundimiento del barco hospital "Dover Castle", de acuerdo a las órdenes recibidas.

El Tribunal citó la Sección 47 del Código Penal Militar Alemán, de acuerdo a la cual un subordinado que actúa en conformidad con órdenes recibidas es también susceptible de castigo como cómplice, cuando sabe que sus superiores le han ordenado hacer actos que envuelven un crimen civil o militar, o es una fechoría. El Tribunal afirmó: "Aquí no ha sucedido tal caso. El acusado, por consiguiente, hundió el "Dover Castle" obedeciendo una orden de servicio, de su más alta autoridad, orden que él consideró plenamente válida. No puede, por lo tanto, ser penado por su conducta". MULLIAS, op. cit., nota 29, en 99 et seq.

Es también muy característico el caso de los Tenientes Ludwig Dithmar y Johann Boldt. Habían estado sirviendo como oficiales en el submarino alemán U—86 bajo las órdenes del Capitán Helmuth Patzig, en la noche del 27 de junio de 1918. En esa noche el Capitán Patzig con los Tenientes Boldt y Dithmar, torpedearon el barco hospital británico "Llandoverly Castle" y después ametrallaron los botes salvavidas que contenían miembros de la tripulación que estaban tratando de escapar después del hundimiento del barco. El Capitán Patzig no pudo ser llevado ante el Tribunal porque se había refugiado en el Estado de Danzig, que en aquel tiempo era un Estado independiente y del que el Gobierno alemán anunció le era imposible obtener la extradición. Se probó que los acusados habían participado en el torpedeamiento del barco hospital hundido, bajo las órdenes del Capitán Patzig. Los tres acusados resolvieron conjuntamente, después del hundimiento del "Llandoverly Castle", que podrían destruir todas las pruebas del acto hundiendo los botes salvavidas que contenían 234 sobrevivientes. El Tribunal sostuvo que ellos no eran culpables del torpedeamiento aunque ello fuera una violación al Derecho Internacional, porque habían actuado bajo las órdenes de un superior. El Tribunal, empero, los encontró culpables del crimen de no haber prestado auxilio y haber instigado al homicidio por el ametrallamiento de los botes salvavidas. El declaró. Si es verdad que de acuerdo al Código Penal Militar, la ejecución en el cumplimiento del deber de una orden implica una violación a la ley que es punible, el

de sus capturas ⁽³⁵⁾. Los tribunales militares nacionales que ejercen jurisdicción sobre prisioneros de guerra están confrontados con la dificultad, al menos con la duda, de si ellos pueden perseguir criminales de guerra enemigos después de la conclusión de la paz. Como dijimos en otra parte, los prisioneros de guerra deben ser liberados al final de la guerra, aun cuando ellos hayan sido sentenciados por la Comisión de crímenes de guerra y aunque sus términos de reclusión no hayan aún expirado ⁽³⁶⁾. En todos los casos, los prisioneros imputados con crímenes de guerra pero aun no enjuiciados y sentenciados, deben ser libertados ⁽³⁷⁾. Para evitar esta dificultad se sugirió "que el acuerdo de armisticio contendrá provisiones sobre la entrega de los criminales de guerra enemigos, para dar al Poder victorioso la oportunidad de llevar a los mismos ante sus tribunales nacionales antes de la conclusión de la paz" ⁽³⁸⁾. Pero parece dudoso que los individuos entregados por uno de los beligerantes al otro, según ese tratado internacional —el acuerdo de armisticio— sean realmente "prisioneros de guerra". Prisione-

único responsable es el oficial superior que la impartió. Sin embargo, los subordinados que obedecen tal orden pueden ser castigados si conocían que la orden del superior implicaba una infracción a la ley militar o civil. Esto se aplica en el caso de los acusados. Los militares subordinados no tienen la obligación de cuestionar la orden de sus oficiales superiores y no pueden alegar sobre su legalidad. Pero tal presunción no puede afirmarse que exista si la orden que es universalmente conocida por todos, incluyendo los acusados, es sinduda alguna, contraria a la ley. Esto sucede solamente en casos muy raros y excepcionales. Pero este caso es, precisamente, uno de ellos, porque en el presente ejemplo era perfectamente claro que los acusados que mataron gente indefensa en los botes salvavidas están cometiendo una infracción a la ley". Ibid. en 107 et seq.

- (35) MANNER, op. cit., supra nota 24, en 434 dice: "Los beligerantes podrían durante la guerra... enjuiciar y penar legítimamente toda persona acusada de tal delito contra las reglas de guerra, siempre que el acusado haya sido tomado como prisionero de guerra y que sea juzgado de acuerdo a la ley y procedimiento vigente en las fuerzas armadas del captor, y con tal que el acusado no pueda excusarse en la defensa de "acto de Estado" y órdenes superiores, y que el acto mismo haya considerado como ofensa criminal anteriormente a su comisión por las legislaciones extraídas de los principios y costumbres aceptados generalmente en materia de guerra".
- (36) HALL, *A Treatise on International Law* (1924), § 135. OPPENHEIM sostiene que un beligerante tiene el derecho de llevar adelante el castigo impuesto sobre un criminal de guerra aun después de la misma. Op. cit., supra, nota 3, en 459.
- (37) Conf. MANNER, op. cit., supra, nota 24, en 421.
- (38) Sugestión del Lord Canciller en la Cámara de los Lores, octubre de 1942, mencionada por MANNER, op. cit., supra nota 24, en 433.

ros de guerra son —de acuerdo a la definición dada en el artículo 1, sección 2 de la Convención relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra firmada en Ginebra el 27 de julio de 1929 sobre prisioneros capturados en guerra aérea y marítima— “las personas pertenecientes a las fuerzas armadas de los beligerantes que son capturados por el enemigo en el curso de sus operaciones guerreras marítimas o aéreas...”. Las personas entregadas por uno de los beligerantes al otro en ejecución de un tratado de armisticio, difícilmente pueden ser consideradas como capturadas en el curso de operaciones militares. La base legal de la jurisdicción reclamada sobre aquellas personas por el enemigo, no es una regla de Derecho Internacional relativa a la jurisdicción sobre prisioneros de guerra, sino un tratado internacional por el cual un Estado consiente que sus súbditos sean enjuiciados por tribunales enemigos. Es por la previsión del armisticio que la jurisdicción sobre dichas personas se confiere al enemigo.

Desde que estas personas no son prisioneros de guerra en el sentido estricto del término, los tribunales enemigos no están obligados a terminar el juicio antes de la conclusión de la paz. Las personas acusadas están en la misma situación legal que las extraídas de acuerdo a un tratado de extradición en tiempo de paz. Desde un punto de vista jurídico, no hay una diferencia esencial entre un armisticio y un tratado de paz obligando al Estado vencido a entregar a personas acusadas de crímenes de guerra al Estado victorioso, para que este último las enjuicie y castigue por medio de sus tribunales. Por tal Tratado, los obstáculos legales que impedían la jurisdicción de post-guerra del enemigo sobre los criminales de guerra, y especialmente su jurisdicción sobre crímenes de guerra que tienen el carácter de actos de Estado y por el que los individuos perpetradores sólo pueden ser responsabilizados por tribunales enemigos (o internacionales) teniendo el consentimiento del Estado a que conciernen los actos, pueden ser eliminados.

Este parece ser el verdadero significado del artículo 228 del Tratado de Paz de Versalles, que dice: “El Gobierno Alemán reconoce el derecho de los Aliados y de los Poderes Asociados a llevar ante los tribunales militares, a personas acusadas de haber co-

metido actos en violación de las leyes y costumbres de guerra. Tales personas, en caso de ser consideradas culpables, serán sentenciadas al castigo determinado por la ley". Al escoger el término "reconoce", los autores del Tratado de Paz parecen haber atribuído al artículo 228 solamente un carácter declaratorio. Pero sin el consentimiento del Gobierno Alemán dado en dicho artículo 228, los tribunales militares de los Aliados y de los Poderes Asociados no tenían derecho de enjuiciar individuos por crímenes de guerra después de concluída la paz. El artículo 228 no incluye expresamente crímenes de guerra que tengan el carácter de actos de Estado. Pero el hecho de que no los excluya y que, de acuerdo a su letra el Gobierno Alemán permite la persecución, por tribunales militares enemigos, de sus nacionales, por todos los actos cometidos en violación de las leyes y costumbres de guerra, el artículo 228 podría ser interpretado como el consentimiento necesario del gobierno alemán para el castigo de alemanes que han cometido crímenes de guerra teniendo el carácter de actos de Estado, así como el establecimiento por una ley internacional particular por la responsabilidad individual de las personas concernientes, excluída por la ley internacional general. Para evitar toda duda a este respecto, sería aconsejable intercalar en un futuro tratado de paz que confiera a un tribunal nacional o internacional la jurisdicción sobre criminales de guerra, una provisión expresa incluyendo crímenes de guerra que no tengan el carácter de actos de Estado (39).

XI

Respecto a la cuestión sobre qué clase de tribunal será el au-

(39) En caso que el territorio de un beligerante esté ocupado por fuerzas armadas del otro, los ocupantes parecen estar en condiciones de establecer un tribunal especial para enjuiciar individuos enemigos, aun miembros del gobierno, arrestados después del armisticio por autoridades del territorio ocupante sobre el territorio ocupado (no considerados por lo tanto, prisioneros de guerra) por haber cometido crímenes de guerra. Esta es la asunción en que se basa *The day of Reckoning*, de MAX RADIN (1943). Es dudoso, empero, si las reglas de Derecho Internacional general que regulan los derechos y deberes del ocupante sean favorables a tal procedimiento.

torizado para enjuiciar a los criminales de guerra, nacional o internacional, puede haber una pequeña duda si el tribunal internacional es o no mucho más eficiente para ello que un tribunal nacional civil o militar (40). Únicamente un tribunal establecido por un tratado internacional, en el cual no sólo los Estados victoriosos sino también los vencidos sean partes contratantes, no encontrará ciertas dificultades que se le presentarán a todo tribunal nacional. Esto se debe a que el tratado por el cual se confiere jurisdicción al tribunal sobre los criminales de guerra, puede no solamente establecer la responsabilidad individual por crímenes de guerra que tengan el carácter de actos de Estado, sino puede también excluir la defensa del cumplimiento de "órdenes superiores", si esto fuera necesario, desde el punto de vista de la justicia internacional. Únicamente un tribunal internacional —internacional no solamente respecto a sus bases legales sino también respecto a su composición— puede estar por encima de toda sospecha de parcialidad, a la que los tribunales nacionales y en particular los tribunales militares nacionales, están inevitablemente expuestos. El enjuiciamiento de prisioneros de guerra dirigidos por tribunales militares durante la guerra, podría inducir al enemigo a tomar medidas de venganza ejecutadas en la forma de análogos enjuiciamientos, aunque la represalia contra los prisioneros de guerra es-

(40) HYDE, *Punishment of War Criminal* (1943), Proceedings of the American Society of International Law, 39, 43, en el Annual Meeting realizado en Washington, dijo: "Es concebible que las Naciones Aliadas puedan preferir permanecer individualmente libres para enjuiciar y penar extranjeros en cuanto están sometidos a ellos por tribunales domésticos autorizados para juzgar la conducta de los mismos y aplicarles penalidades. A primera vista esto parecería ser un simple e inobjetable procedimiento, libre de ciertas dificultades que se encuentran en varios otros. Empero, si recurrir a este método fuera productivo de gran cantidad de pruebas de culpabilidad y la aplicación de innumerables penalidades, los perseguidores podrían tener dificultades en convencer a la sociedad que el tribunal empleado para es propósito no fuese otra cosa más que un instrumento político; y las personas sometidas a la pena podrían ser vistas tanto en el extranjero como en sus patrias como mártires... Un tribunal o tribunales compuesto solamente de naciones neutrales podría más fácilmente exigir respeto por decisiones adversas a las acusaciones o defensas de las personas acusadas, y si no es indebidamente atado por los términos del respectivo tratado, podría probar ser altamente útil como expositor del Derecho Internacional. Además, la buena voluntad de las Naciones Aliadas para probar y plantear sus quejas ante jueces neutrales, inspiraría un amplio y decente respeto por sus actitudes".

té prohibida por la Convención de Ginebra. Tal uso detestable del derecho, puede evitarse transfiriendo el castigo de los criminales de guerra a un Tribunal internacional establecido después de la conclusión de la paz, y consecuentemente, en condiciones de cumplir sus tareas en una atmósfera que no esté envenenada por las pasiones de la guerra. La internacionalización del procedimiento legal contra criminales de guerra tiene la gran ventaja de hacer el castigo, en cierta extensión, uniforme. Si los criminales de guerra están sujetos a diferentes tribunales nacionales, como lo provee el artículo 229 del Tratado de Versalles, es muy posible que estos tribunales "caigan en conflicto en sus decisiones y en variación sobre las penalidades" (41).

(41) BELLOT, op. cit., supra nota 19, en 421, art. 21 del *Statute of the International Penal Court*, adoptado por la 34ª. Conferencia de la International Law Association en 1926 (Rep. de la Conferencia, 118), dice lo siguiente: "La jurisdicción del Tribunal se extenderá a todos los cargos de: a) violación de obligaciones internacionales de un carácter penal cometidas por individuos o ciudadanos de un Estado o por "heimatlos" contra otro Estado o sus súbditos o ciudadanos; b) violación de cualquier Tratado, Convención o declaración que obligue a los Estados interesados a la Convención of (lugar) fecha y día de... que regula los métodos y acciones de guerra; c) violación de las leyes y costumbres de guerra generalmente criminal del Tribunal tal por las naciones civilizadas. Sin perjuicio hacia la jurisdicción original del Tribunal tal como la definimos aquí anteriormente, el Tribunal tendrá poder para tratar casos de carácter penal remitidos a él por el Consejo o Asamblea de la Liga de las Naciones para juicio, o para informes y dictámenes. En casos de disputa por lo que se refiere a si el Tribunal tiene o no jurisdicción sobre la materia, ellos serán resueltos por decisión del mismo Tribunal". En el "Report of the Permanent International Criminal Court Committee, International Law Association Thirty-fourth Report" (1926), 110 se dijo: "Las opiniones que mantienen la conveniencia de la creación de un Tribunal Penal Internacional son muy numerosas. En un trabajo leído en la Grotius Society en marzo de 1916 y publicado en el número de setiembre del "Nineteenth Century", BELLOT sugirió el establecimiento de tal Tribunal. Ello fué recomendado por el British Committee of Enquiry into Breaches of the Laws of War, y dicha recomendación fué apoyada por la Comisión Internacional de Crímenes de Guerra nombrada por la Conferencia de Versalles por mayoría de ocho votos a uno. Esta recomendación fué, sin embargo, rechazada por el Consejo Supremo. Ella fué subsiguientemente recomendada por el Comité de Juristas de La Haya, que delinió los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Fué defendida por LORD PHILLIMORE y el Dr. BELLOT en trabajos leídos en la Conferencia realizada en Buenos Aires en 1922 por la International Law Association. Ambos autores sugirieron que la jurisdicción del Tribunal podría extenderse a ofensas tanto militares como no militares. Pero la Conferencia las limitó a las primeras, y se resolvió "que en opinión de esta Conferencia, la creación de un Tribunal Penal Internacional es esen-

Es la jurisdicción del Estado victorioso sobre los criminales de guerra del enemigo lo que demanda la Declaración Tripartita firmada en Moscú. Las personas que han cometido crímenes de guerra "serán conducidas al encenario de sus crímenes y juzgadas en el lugar por el pueblo que han ultrajado". Los crímenes de guerra "que no tengan una particular localización geográfica", serán penados por "la decisión conjunta de los Gobiernos Aliados". Es muy comprensible que durante la guerra, los pueblos víctimas de abominables crímenes cometidos por las Naciones del Eje, deseen tomar la ley en sus manos para castigar a los criminales. Pero después de que la guerra termine, nuestro pensamiento volverá otra vez a considerar que la jurisdicción criminal ejercida por el Estado injuriado sobre personas enemigas, será considerada por los pueblos a que pertenecen los mismos como una venganza más que como acto de justicia, y esa no será, por consiguiente, la mejor manera de garantizar la paz futura.

El castigo de los criminales de guerra deberá ser un acto de justicia internacional, y no la satisfacción de una sed de venganza. No está muy de acuerdo con la idea de justicia internacional que solamente los Estados vencidos sean obligados a entregar sus propios miembros a la jurisdicción de un tribunal internacional para el castigo de los crímenes de guerra. Los Estados victoriosos, asimismo deberían estar inclinados a trasferir su propia jurisdicción sobre sus individuos que han ofendido las leyes de guerra, al mismo independiente e imparcial tribunal internacional ⁽⁴²⁾. Solamen-

cial para los intereses de la justicia, y la Conferencia es de opinión que este es un asunto de urgencia". En el año 1926, la International Penal Law Association, en su Conferencia realizada en Bruselas sugirió la conveniencia de jurisdicción criminal sobre la Corte Permanente de Justicia Internacional. En la Conferencia Internacional para Represión del Terrorismo realizada a iniciativa del Consejo de la Liga de las Naciones entre el 1 y el 16 de noviembre de 1937 en Ginebra, se firmó una Convención para la creación de una Corte Criminal Internacional para el enjuiciamiento de personas acusadas de actos de terrorismo. Véase Proceedings of the International Conference on the Repression of Terrorism, Serie de Publicaciones de la Liga de las Naciones, 1938. V. 3. Conf. también HUDSON, *The Proposed International Criminal Court* (1938), 32 "Am. J. Int. Law", 549 et seq.

(42) HYDE, op. cit., supra nota 36, dice: "Podría ser limitada objetivamente la tarea de cualquier tribunal al enjuiciamiento y posible condena de miembros de las fuerzas armadas del Eje, o podría también ver en causas contra miembros de las fuerzas Aliadas acusados por sus enemigos de haber cometido

te si los vencedores se someten a las mismas leyes que han impuesto sobre los Estados vencidos, será preservada la idea de justicia internacional. Y, después de todo, es por el mantenimiento de la justicia internacional por lo que las Naciones Unidas están haciendo la guerra. Respecto a lo que concierne a las penalidades, el tratado internacional que establece la jurisdicción sobre el tribunal, podría autorizar a este último a imponer sobre los culpables las penalidades de la ley criminal de sus respectivos Estados. Esto en cuanto se refiere a los crímenes de guerra en el más estricto sentido del término. Si el tribunal tiene jurisdicción sobre personas, que en sus condiciones de órganos del Estado han violado la ley internacional por iniciar o provocar la guerra, el Tratado que establece el tribunal podría determinar las penalidades, o autorizar a éste a determinarlas según su discreción.

XII

El castigo de los crímenes de guerra por un tribunal internacional, y particularmente el castigo de crímenes que tienen el carácter de actos de Estado, podría, ciertamente, encontrar mucho menos resistencia, ya que heriría mucho menos al sentimiento nacional, si fuera realizado dentro del esquema de una reforma general del Derecho Internacional, cuyo fin sería complementar la responsabilidad colectiva de los Estados por violación de la ley internacional, con la responsabilidad individual de las personas que como agentes del Estado han cometido los actos que violan dicha

ofensas contra las leyes de guerra? El asunto necesita cuidadosa atención. La confianza en los altos propósitos de las Naciones Aliadas podría ser sin duda, ser acrecentada a cada momento si los tribunales que se nombren tuvieran una jurisdicción amplia para considerar la conducta de individuos de cualquier nacionalidad, sin considerar a lado de qué beligerante ha servido. Empero, si un miembro de las fuerzas armadas Aliadas fuera encontrado culpable, el asunto de infligirle una penalidad podría ser admitido para definitiva resolución. Una Nación Aliada puede suponerse que no acepte someter un miembro de sus fuerzas a una Nación del Eje, para ser castigado bajo su autoridad. Indudablemente, una Nación Aliada insistirá por un plan para el castigo de miembros de sus fuerzas, por sus propios órganos y dentro de sus dominios si es que ellos llegan a ser acusados".

ley internacional (43). Tal reforma podría efectuarse con éxito solamente a base de un tratado internacional constituyendo una Liga de las Naciones cuyo órgano principal sea un Tribunal dotado de jurisdicción compulsiva. El Convenio de la Liga debe obligar a todos sus miembros a someter ante dicho tribunal todas sus disputas sin excepción ninguna, de modo que la guerra sería permitida solamente como una acción colectiva organizada por la Convención, es decir, como una sanción ejecutada por la Liga. La jurisdicción compulsoria de las disputas internacionales es una condición esencial para todo ulterior progreso de la técnica legal del Derecho Internacional, y el establecimiento de la responsabilidad individual en las relaciones entre Estados, es posiblemente el paso más radical que quizás pueda hacerse dentro de un orden legal, el que mantendría aun el carácter de derecho internacional (44).

La tentativa de establecer la responsabilidad individual en todas las relaciones internacionales de los Estados, por medio del castigo de las personas culpables, sugiere la cuestión sobre las condiciones que debe tener el acto constitutivo de la violación de la ley internacional, para poseer el carácter de crimen penable, en el estricto sentido del término. La cuestión está ya contestada si el

(43) La Conferencia de la International Law Association realizada en Bruselas en 1926 aprobó unánimemente la siguiente resolución: 1) "Que la Jurisdicción criminal debe ser concedida a una Corte Permanente de Justicia Internacional. 2) Que ella debe ser consultada en los conflictos de jurisdicción, judicial o legislativos que puedan plantearse entre diferentes Estados. . . 3) Que la Corte Permanente de Justicia oír en todos los casos por responsabilidad penal contra los Estados que sean consecuencias de una agresión injusta o por una violación al Derecho Internacional. Impondrá sanciones penales y medidas de seguridad sobre el Estado ofensor. 4) La Corte Permanente oír en casos de responsabilidad individual que puedan crearse ya sea por un crimen de agresión como por otros crímenes y delitos accesorios o fechorías que sean todos violaciones a la ley internacional cometidos en tiempo de paz o guerra, y particularmente en ofensas contra la Common Law que pueden por razones de la nacionalidad de la víctima del presunto ofensor, ser consideradas aquí por otros Estados como ofensas internacionales y constituir una amenaza a la paz del mundo. 5) La Corte Permanente tendrá jurisdicción sobre individuos que puedan haber cometido crímenes u ofensas que no puedan ser sometidas a la jurisdicción de un Estado particular, ya sea por el hecho que no sea conocido el territorio en que dichas ofensas fueron cometidas o porque, siendo conocido, su soberanía sea disputada" (1926), 3 "Revue Internationale de Droit Pénal", 466.

(44) Véase KELSEN, op. cit., nota 2, en 145; KELSEN, *Compulsory Adjudication of International Disputes*, (1943), "Am. J. Int. Law", 397.

acto, como en el caso de los crímenes de guerra, es al mismo tiempo una violación a la ley criminal nacional. Empero, si el acto no es un "crimen" de acuerdo a la ley criminal nacional, su castigo previsto por un tratado internacional, es justificable solamente si tiene la naturaleza de un "crimen". ¿Pero cuál es el sentido de crimen —no de "lege lata" sino de "lege ferenda"— que justifique la "penalidad" de un acto? Es el hecho que el acto sea peligroso, nocivo, no solamente al individuo directamente injuriado sino también a la comunidad toda. Si el acto constituye una violación a la ley internacional, el castigo del individuo perpetrador está justificado si el primero es perjudicial a la comunidad internacional. El Comité Consultivo de Juristas nombrado por el Consejo de la Liga de las Naciones en febrero de 1920, con el propósito de preparar planes para el establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, discutió la cuestión de conferir sobre un Tribunal, competencia en materia criminal. En el curso de la discusión, el Barón Descamps planteó la cuestión: ¿"Existen crímenes contra la Ley de las Naciones"? El respondió por la afirmativa, definiendo esos "crímenes", como "actos de tal naturaleza, que la seguridad de todos los Estados podía ser puesta en peligro por ellos" (45). La frase "peligrar todos los Estados", significa, más o menos, lo mismo que esta otra frase, quizás mejor, "dañoso para la comunidad internacional". El Comité no aclaró la cuestión sobre violaciones a la ley internacional que hacían "peligrar todos los Estados". Pero parece que Descamps la tomó para sostener que no todas las violaciones a la ley internacional son "crímenes", en el sentido de su definición. El consideró necesario autorizar a la Corte Internacional "a definir el carácter de las ofensas" (46), lo

(45) Corte Permanente de Justicia Internacional Comité de Juristas. Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee. Junio 16-julio 24 de 1920. La Haya, 1920, p. 498

(46) Ibid. 521. El Barón DESCAMPS tomó esta idea del instituto de responsabilidad ministerial establecido por la Constitución de su país. El dijo: "La Constitución Belga, que es tan liberal y escrupulosa en la ejecución de las penalidades, no dudó en establecer que la Cámara de Representantes pudiera formular cargos contra los Ministros y llevar a ellos ante la Corte de Casación, la que está expresamente investida con el poder de definir las ofensas y determinar el castigo". La responsabilidad individual del órgano de Estado por violación a la ley internacional, es ciertamente, análogo a la

que probablemente significa que la Corte decidiría si la ofensa tenía o no el carácter de un "crimen". Empero, es difícil establecer una clara línea de distinción entre las violaciones de la ley internacional que son peligrosas para la comunidad internacional, y consecuentemente, crímenes por los que el individuo perpetrador debe ser castigado, y las violaciones a la ley internacional que no poseen tal naturaleza. Desde que toda violación a la ley es peligrosa para la comunidad legal, el orden legal acompaña a toda violación la sanción correspondiente. La única diferencia que existe es referida al grado en que el delito es nocivo a la comunidad. A los actos considerados más peligrosos, el orden legal le otorga penalidades; a los considerados menos peligrosos, responsabilidad civil. Una diferenciación entre pena y ejecución civil, puede difícilmente ser introducida en el Derecho Internacional. Pero, como veremos después, las sanciones dirigidas directamente contra individuos responsables de violaciones a la ley internacional pueden ser mucho más fácilmente diferenciadas de cómo ellas lo son en la ley criminal nacional. No es posible distinguir "pena" con un criterio absoluto, frente a una sanción que no tiene ese carácter. Es, por consiguiente, aconsejable no hablar de "pena" en conexión con problemas de responsabilidad individual por violaciones a la ley internacional, sino de sanciones individuales, en distinción de las sanciones colectivas del Derecho Internacional general, o cuando se use el término "pena" definirlo como una sanción dirigida directamente contra un individuo hecho responsable de una violación a la ley internacional.

Con respecto a la responsabilidad individual a establecer por violación internacional, debemos distinguir entre violación de la ley internacional cometida por medio de actos de Estado y violación cometida con actos que no tienen dicho carácter. Entre los primeros pueden distinguirse cuatro grupos de ofensas. 1) Ofensas cometidas por recurrir a la guerra en desconocimiento de una ley particular o general (Pacto Kellogg-Briand y otros parecidos);

responsabilidad individual de un miembro del gobierno por violación de la Constitución u otra norma de una ley nacional (impeachment, en Gran Bretaña).

2) por haber provocado la guerra —es decir, por haber cometido el delito internacional contra el cual la guerra es una justa reacción (este delito será sin valor cuando la Convención —la que establecerá igualmente los Tribunales— permita la guerra solamente como una sanción colectiva ejecutada por la Liga); 3) por violación de las reglas de guerra; 4) por violación de otras normas de Derecho Internacional general o particular ⁽⁴⁷⁾. El juicio sobre la culpabilidad individual podría realizarse conjuntamente con el procedimiento del tribunal de un Estado o de un órgano internacional (tal el Consejo de la Liga) contra un Estado acusado de haber cometido una de las ofensas mencionadas sub 1 - 4. Después de haber decidido que un Estado ha violado la ley internacional, el tribunal podría, a solicitud del Estado injuriado, iniciar procedimiento contra el individuo o los individuos que como órgano u órganos del Estado es o son responsables de la violación de la ley. En caso de las ofensas mencionadas en los números 1 y 2, el procedimiento contra la responsabilidad individual podría iniciarse también a solicitud del organismo internacional, si tal organismo estuviese establecido por la Convención.

La pena impuesta por el tribunal sobre el individuo declarado responsable de la violación de la ley internacional del Estado, no impide que el tribunal imponga sobre el Estado culpable la obligación de reparar el daño causado. Las penalidades impuestas sobre las personas culpables podrían ser determinadas por el tribunal de acuerdo a la ley criminal del Estado a que pertenece el acusado. Pero desde que los actos mencionados sub 1 y 2 no constituyen crímenes de acuerdo a la ley nacional, el tribunal podría estar autorizado a imponer sobre el individuo culpable, en el caso de dichas ofensas, cualquier penalidad que el mismo considere adecuada. La pena de muerte, sin embargo, podría excluirse si la ley penal del acusado no permite esa penalidad. En caso de una ofensa mencionada sub 3 (crimen de guerra) el tribunal podría imponer sobre el acusado las penalidades que la ley criminal del Estado

(47) En la discusión del Advisory Committee of Jurist, LORD PHILLIMORE diferenció: 1) Actos cometidos en tiempo de paz; 2) Crímenes de guerra; 3) Crimen por haber iniciado la guerra. *Ibid.* 507.

provee para el acto cuando éste no tiene el carácter de un acto de Estado, sino de un delito común.

Igual que las ofensas mencionadas sub 1 y 2, la mencionada sub 4 no constituyen actos, por regla general, que pudieran ser crímenes si ellas no fueran actos de Estado. En la gran mayoría de dichos casos, el delito del órgano responsable por la violación de parte de su Estado de la ley internacional, es mucho menos dañoso a la comunidad internacional que en los casos mencionados sub 1 a 3. Consecuentemente, las sanciones individuales que deben ser aplicados a estos delitos —si los mismos no son crímenes de acuerdo a la ley internacional— debe ser mucho menos severo que las impuestas sobre criminales de guerra o sobre los autores de la misma. El propósito de la penalidad en dichos actos, podría ser dirigido a estigmatizar a las personas política y moralmente responsables, más que imponer sobre ellas un castigo físico, sea prisión o multa. Tales penalidades son. pérdida de todos los derechos políticos, y pérdida de la capacidad para ocupar cargos públicos, ambas por un cierto período de tiempo o para siempre. El tribunal podría aún restringir su sentencia a la declaración de que el acusado ha violado la ley internacional (o es personalmente responsable por la violación que ha hecho su Estado a la ley internacional).

Las violaciones al Derecho Internacional por actos de injuria internacional cometidos por ciertos individuos, y que no son actos de Estado, pueden dividirse en dos grupos: 1) Actos de individuos a los cuales el Estado a que pertenecen está obligado por la ley internacional a castigarlos; a este grupo pertenecen los crímenes de guerra cometidos sin orden u autorización del gobierno (cuando el delincuente ha caído en manos de las autoridades del Estado injuriado, existe como regla una jurisdicción concurrente sobre dicho delincuente); 2) Actos de individuos a quienes el Estado a que pertenece no está obligado a penar, pero que otros Estados o el Estado injuriado están autorizados por la ley internacional para hacerlo, o imponerles una sanción que no tiene exactamente el carácter de panalidad; a este grupo pertenecen actos como

los de piratería, espionaje, traición de guerra, ruptura del bloqueo, actos de contrabando y otros parecidos.

Si un tribunal internacional es declarado competente para establecer sanciones por violación a la ley internacional no solamente contra los Estados sino también contra los individuos responsables de dichas violaciones, no es necesario conferir al mismo, como tribunal de primera instancia, jurisdicción sobre individuos que han violado la ley internacional por actos que no tienen el carácter de actos de Estado. Si el Estado a que ellos pertenecen —como en el caso mencionado sub 1— está obligado a castigarlos, y no lo hace aunque el delincuente esté dentro de su poder legal, el Estado injuriado está siempre en condiciones de llevar al Estado culpable y a su órgano responsable ante el tribunal internacional. Es, sin embargo, posible y aconsejable dar al Estado injuriado el derecho de apelación ante el tribunal internacional si la sentencia del tribunal nacional no le parece satisfactoria. Si el delincuente está dentro del poder legal de un tercer Estado miembro de la Liga, el Estado obligado a castigarlo está forzado a pedir su extradición, y el otro obligado a concederla. Cuando el delincuente es sentenciado, no solamente por un tribunal de su propio Estado sino también por un tribunal de un Estado extranjero, y particularmente por un tribunal perteneciente al Estado injuriado, deberá tener el derecho, lo mismo que su país, de apelar ante una corte internacional. La ley sustantiva a aplicarse por dicha corte internacional debe ser la ley del tribunal cuya sentencia ha sido apelada. En los casos mencionados en el número 2, es ampliamente aconsejable conferir sobre el individuo sentenciado por un tribunal nacional —y si es ciudadano de otro Estado, conferirle también a éste— el derecho de apelar ante una corte internacional. Si el tribunal ha aplicado en su sentencia la ley criminal nacional, como en el caso de piratería, la corte internacional actuando como tribunal de apelaciones, deberá aplicar la misma ley nacional. Si el tribunal nacional ha decretado una sanción directamente determinada por una ley internacional, como en el caso de ruptura del bloqueo o transporte de contrabando (confiscación del navío y de la carga), la corte internacional debe aplicar la ley internacional.

Los actos individuales que no son actos de Estado, son como regla, violaciones a la ley internacional desde el momento en que son injurias internacionales, injurias a un Estado. Es, sin embargo, posible que un tratado internacional obligue a los Estados contratantes a proveer castigo para ciertos crímenes que no constituyen una injuria hacia otro Estado, pero cuyo castigo está en el interés común de los Estados contratantes, tales el tráfico de opio y otros actos parecidos. También en estos casos el tribunal internacional podría tener jurisdicción como tribunal de apelación, y el acusado, como asimismo los otros Estados contratantes, podría tener el derecho de apelar ante él de las decisiones de un tribunal nacional competente. Podría, igualmente, decidir conflictos de competencia entre tribunales nacionales.

Toda persona directamente injuriada por el delito que es el tema del procedimiento judicial, podría, con la autorización de la corte y sujeta a las condiciones que se le impongan, constituirse en "parte civil"; tal persona no debe intervenir en el procedimiento oral, sino cuando la corte esté considerando los daños (48).

A solicitud del tribunal internacional todo Estado miembro de la Liga debería estar obligado a presentar ante el mismo todo individuo que esté bajo su jurisdicción y poder. La Corte decidirá ya sea que el mismo sea arrestado, o bajo qué condiciones puede recuperar la libertad. El Estado en cuyo territorio esté actuando el tribunal, deberá poner a su disposición todas las medidas necesarias para un efectivo procedimiento judicial, tales, lugares seguros de internación, guardias para la custodia de las personas arrestadas, etc. (49).

Las órdenes y sentencias del tribunal internacional podrían ser ejecutadas por el Estado designado en dicha orden o sentencia. Si el Estado no cumple con sus obligaciones de ejecutar una orden o sentencia del tribunal internacional, podría aplicársele las sanciones colectivas previstas por la Convención que constituye a la Liga como comunidad jurídica.

(48) Véase el artículo 26 de la Convención para la creación de una Corte Criminal Internacional firmada el 31 de mayo de 1938 en la Conferencia Internacional para Represión del Terrorismo, realizada en Ginebra entre el 1 y el 16 de noviembre de 1937. *Proceedings of the International Conference on the Repression of Terrorism*; op. cit., supra nota 37, en 23.

(49) Véase el artículo 31 de dicha Convención, *ibid.* en 25.