

NUREMBERG, 45 AÑOS DESPUÉS  
(Apuntes para un *Ius post bellum*)

Gisela A. Oscós SAID

SUMARIO: 1. *Una mirada sobre el siglo*. 2. *La guerra, pretexto para el cambio*. 3. *La creación de una jurisdicción*. 3.1. *Las opciones jurisdiccionales*. 3.2. *Un estatuto polémico*. 3.3. *La elección de una jurisdicción improvisada*. 3.4. *Los esfuerzos para la convalidación del yerro*. 3.5. *La legitimación del Tribunal*. 4. *Los principios de Nuremberg*. 5. *Un nuevo orden de Derecho Internacional*. 6. *El planteamiento de una auténtica Justicia Internacional*. 7. *Los privilegios de la victoria*. 7.1. *La justicia de los vencedores*. 7.2. *Necesidad de castigar*. 7.3. *La culpa en los vencidos y vencedores*. 7.4. *La facultad de enjuiciar*. 7.5. *Jueces y partes*. 8. *Propuesta: una justicia para los criminales*.

1. UNA MIRADA SOBRE EL SIGLO

Faltando apenas una década para el final de centuria, una visión retrospectiva en un plano universal, identificaría como los momentos decisivos del siglo XX a los grandes cambios, pacíficos o convulsos, que en los ámbitos social, económico, político y cultural han acaecido en el periodo.

La tradición del *novecientos* refleja un juego de modificaciones y tránsitos, de búsquedas y recomposiciones que no siempre han seguido la vereda de lo gradual; las notas de vertiginosidad y violencia han acompañado en no pocos momentos a las manifestaciones del siglo, en el que tampoco han faltado, como en todas las épocas, los avances serenos del proverbial sentido evolutivo humano.

Dos momentos, entre otros, han calado con crudeza la memoria internacional, no porque eclipsaran a otros acontecimientos en importancia, sino por la trascendencia de sus causas y consecuencias que han marcado el carácter de las décadas posteriores: las dos grandes guerras acaecidas en la primera mitad del siglo. Como catalizadores, indudablemente han transformado el ritmo histórico y la dirección de las conciencias.

Haciendo a un lado otras consideraciones, el conflicto de los años 1939-1945 —presente aún en la memoria de quienes no lo testimoniamos— serviría para mostrar una vez más que los avances logrados mediante el *ingenio civilizador* podrían conducir, en su uso más irracional e insensible, a la búsqueda, desarrollo y manutención de formas de dominio egoístas, en la ausencia de cualquier espíritu ético o humanitario.

## 2. LA GUERRA, PRETEXTO PARA EL CAMBIO

Al término de la Segunda Guerra, la sacudida que experimentaron los pueblos, vencidos y vencedores, motivó el repudio público por la serie de actos cometidos. Las convicciones antibelicistas y el desgaste sufrido, preparaban un campo aparentemente propicio para una evaluación integral del género humano y su obra, que podría culminar en un giro en la visión que sobre sí mismo guardaba —en vista de lo acontecido y a la luz de consideraciones axiológicas y jurídicas—, para presagiar el futuro de la humanidad en conjunto.

Si bien el propósito inmediato era la reconstrucción, la condena unánime hacia las potencias del Eje y particularmente al sistema jurídico alemán, —hecha pública aún antes del término de la contienda—, nunca perdió vigencia; se hacía evidente que un *sistema legalista* no es por fuerza un *sistema justo*:

El nacionalsocialismo supo maniatar a sus secuaces... por medio de dos principios: "órdenes son órdenes" y "la ley es la ley". El principio "órdenes son órdenes" nunca gozó de validez ilimitada. La obligación de obediencia cesaba respecto de las órdenes orientadas hacia los fines delictivos de quien las daba... el principio "la ley es la ley" no conoció, por el contrario, ninguna limitación. Era la expresión del pensamiento jurídico positivista que durante muchos decenios predominó casi sin oposición entre los juristas alemanes. "Arbitrariedad legal" era por lo tanto una contradicción en sí, lo mismo que "derecho suprallegal". Sin embargo, la práctica se ve llevada a enfrentar una y otra vez con ambos problemas.<sup>1</sup>

Aún prosigue la polémica en torno a la moralidad y justicia del sistema jurídico alemán como ejemplo del *derecho injusto*, pero en aque-

<sup>1</sup> RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad Legal y Derecho Suprallegal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., Arg., 1962, pp. 21 y 22.

llos momentos, la discusión sirvió para nutrir el expediente que se formaba contra las Potencias del Eje, consideradas autores de una serie de tropelías y actos conculcatorios "contra la humanidad" de tal envergadura, que aún cuando no hubiese precedente escrito alguno, aún frente a la carencia de norma expresa que los proscribiese, eran tan evidentemente inmorales e ilícitos que urgían sus pronto juicios y castigo. Con el término de la guerra se brindaba una nueva y triste oportunidad para el replanteamiento y definición de un orden jurídico internacional verdaderamente eficaz para la superación de los fallos y lagunas que habían inducido los conflictos que finalizaban, y para el logro de las auténticas solidaridad y cooperación para el desarrollo de los pueblos de la comunidad universal.

## 3. LA CREACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN

El punto siguiente, por tanto, radicaba en determinar si se hacía necesario el enjuiciamiento de los criminales de guerra, y de ser así, quién podría llevarlo a efecto, bajo qué estatuto normativo, con qué formalidades procesales y ante qué jurisdicción. En lo referente al primer aspecto, es decir, la necesidad de procesar en su momento a los criminales de guerra, la intención se hizo patente aún antes de que el conflicto bélico llegase a su fin. El 13 de enero de 1942, en el Palacio de St. James, en Londres, se reunieron los representantes de las fuerzas aliadas y emitieron una declaración a nombre de las "Naciones Unidas", en los términos siguientes:

Las Naciones Aliadas han clasificado entre sus principales funciones de guerra el castigo por medio de la justicia organizada, de los culpables o responsables de crímenes de guerra que los hayan ordenado, perpetrado o participado en ellos.<sup>2</sup>

Es de hacerse notar que faltando más de tres años para el fin de la guerra, cuando la victoria no se entreveía aún para ninguno de los dos contendientes, la idea de procesar a los *culpables* o *responsables de crímenes de guerra* no hacía distinciones respecto a los bandos de pertenencia de los criminales.

<sup>2</sup> Declaración de St. James en *Yearbook of the U.N.O.*, 1945-1946, p. 48. (La traducción es mía).

La siguiente declaración relevante, dada en Moscú el 1º de noviembre de 1943, fija las condiciones para el proceso de los oficiales y soldados alemanes y los miembros del partido nazi, bajo la jurisdicción de los estados en los que los delitos se hubieran perpetrado. El ámbito de vigencia de la declaración excluía, por tanto, a los criminales de guerra cuyos delitos no tuviesen localización geográfica determinada.

En Yalta, Crimea, el 12 de febrero de 1943, en la llamada Conferencia de los "Tres Grandes", se preparó un documento que señalaba:

...es nuestro inflexible propósito destruir el militarismo alemán; transportar o destruir todo el equipo militar alemán, eliminando o controlando toda la industria alemana que pudiera ser usada para la producción militar, someter a todos los "criminales de guerra" a la justicia para un rápido castigo y una exacta reparación, especialmente de las destrucciones realizadas por los alemanes; eliminar al partido nazi y todas las leyes, órganos e instituciones nazis, extirpar todas las influencias nazis y militaristas de los órganos públicos y de la vida cultural y económica del pueblo alemán y tomar, en armonía, todas las demás medidas en Alemania que sean necesarias para la paz y la seguridad del mundo...<sup>3</sup>

Con esto, las intenciones de procesar a los nazis quedaban firmemente establecidas. En cumplimiento de la Declaración de Moscú, al terminar la guerra, se establecieron tribunales en Estados Unidos, Rusia, Francia, Bélgica, Holanda y en la propia Alemania, para procesar a los delincuentes de guerra que hubiesen cometido violaciones en esos territorios. Alemania fue dividida en las cuatro zonas ocupadas y controladas por los principales aliados. Los procesos penales respectivos seguirían las formalidades de una Ley 10 emitida por el Consejo de Control Aliado de 20 de diciembre de 1945. Es en el artículo segundo de esta ley que se esbozan los tipos de los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, cuya concepción definitiva se haría en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Se detallan en el mismo documento, las penas y sanciones aplicables (pena de muerte, prisión perpetua o temporal, trabajos forzados, multa, confiscaciones y limitación de derechos); no admite como atenuantes o excluyentes de responsabilidad ni a la obediencia a la ley, ni la obediencia jerárquica.

<sup>3</sup> Conferencia de Yalta, en *Yearbook of the U.N.O.*, 1946-1947, p. 23. (La traducción es mía).

La determinación de la forma de procesar a los criminales nazis cuyos crímenes no tuvieran una localización geográfica definida, sería el objeto de la reunión en Londres de los representantes de los Gobiernos de Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Rusia, para elaborar el hoy denominado "Tratado de Londres", firmado el 8 de agosto de 1945, cuyo artículo 1º señala el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de "...los criminales de guerra cuyos crímenes no tuviesen localización geográfica particular y que sean acusados individualmente o en su calidad de miembros de organizaciones o grupos o en ambas condiciones..."<sup>4</sup> En la carta de Constitución del Tribunal Militar, de la misma fecha del Tratado, se determina la jurisdicción de la que estaba dotado, su estructura y funciones. Así se daba término a una amplia discusión en torno al tribunal que debería estar a cargo del procesamiento de los altos jefes nazis.

### 3.1. *Las opciones jurisdiccionales*

El jurista estadounidense Sheldon Glueck elabora —antes y después de ser constituido el Tribunal— interesantes reflexiones sobre el tema<sup>5</sup> de las que concluye que para el proceso de los criminales de guerra podría recurrirse a cualesquiera de cuatro diferentes tipos de Tribunales, a saber:

- a) El Tribunal penal ordinario de cada nación; quizá el medio no idóneo debido a que por la territorialidad de las normas penales, cualquier juez sería incompetente por virtud de jurisdicción, para juzgar delitos cometidos en otro estado, añadiéndose el defecto de la lentitud de los procedimientos.
- b) La justicia militar de cada país, más oportuna al tratarse los delitos en cuestión de delitos del fuero militar; con ello se ahorrarían obstáculos jurisdiccionales y la sumariedad de los procesos sería una ventaja considerable.
- c) Una justicia militar conjunta, contando con representantes de los Tribunales Militares de cada uno de los Estados Miembros de las Na-

<sup>4</sup> "Acuerdo para el establecimiento y castigo de los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje", agosto 8, 1945 en "Official Documents", *The American Journal of International Law* (A.J.I.L.), vol. 30, núm. 4, october 1945, pp. 252-253. (La traducción es mía).

<sup>5</sup> Vid. GLUECK, Sheldon, *War Criminals, their prosecution and Punishment*, Knopf, New York, 1946.

ciones Unidas; el desacuerdo surgiría en la elección de la ley y procedimientos aplicables.

d) Una Corte Internacional Penal. Al respecto, Glueck no encuentra conflicto alguno en torno a la jurisdicción sobre delitos cometidos en varios países o sobre la nacionalidad de los criminales y sujetos pasivos. Además se trataría de una "...representación de todos los países del mundo... por lo que no habría objeciones en cuanto a la soberanía o territorialidad o elección por el propio Tribunal de sus normas o estatuto, en base a la armonía con los principios civilizadores que fundamentan la mayoría de los sistemas legales".<sup>6</sup>

Ésta fue, con algunas variantes, la solución elegida para el caso en cuestión.<sup>7</sup> Al constituirse un tribunal específico para el procesamiento de las responsabilidades individuales de crímenes de guerra, se establecía una jurisdicción *ex-post-facto* que nunca había sido ensayada, salvo en el caso específico del Káiser, al término de la primera guerra, a quien se consideró responsable de las "ofensas supremas a la Ley Internacional" y a la "santidad de los tratados" (artículo 227 del Tratado de Versalles). El artículo 228 del mismo instrumento estableció también la responsabilidad de los alemanes por la violación de las leyes y costumbres de la guerra y determinó el establecimiento de una jurisdicción compuesta por tribunales militares, formados de representantes de las potencias aliadas. Cierto es que en la práctica, los procesos seguidos

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 32. (La traducción es mía).

<sup>7</sup> Quincy Wright, jurista estudioso de la causa de Nuremberg, analiza los sistemas jurisdiccionales mencionados, ubicándolos como: 1) de Derecho Nacional, 2) de Derecho de Guerra, 3) de Derecho de Paz y 4) de Derecho Mundial, encontrando en todos ventajas y desventajas. Sin embargo, parece reconocer en los dos últimos mayores virtudes: "El proceso seguido bajo el Derecho Internacional de la Paz reivindicaría al Derecho y desalentaría futuras rupturas al mismo... con la desventaja de basarse en un fundamento legal controvertido..." objeción aplicable por igual a los procesos regidos bajo la "ley universal"; la virtud de éstos sería que "...ven hacia el futuro más que al pasado inmediato [con lo cual se puede asegurar un derecho que prevea lagunas criticables] existiendo materiales y elementos jurídicos suficientes como para nulificar la idea de que se trata de un derecho *ex-post facto*. Tales juicios serían los más satisfactorios para encausar a todos los criminales de guerra, para reivindicar la regla de Derecho, para desterrar los crímenes de guerra futuros, para satisfacer las demandas de reparación y para prevenir un daño posterior por parte de los propios criminales de guerra". En concepto de Wright, el Estatuto de Londres acoge de manera paralela y complementaria los cuatro sistemas. "War Criminals", en *A.J.I.L.*, vol. 39, núm. 2, apr. 1945, p. 283. (La traducción es mía).

ante dicha jurisdicción fueron irrisorios, pero ya existía una jurisdicción, que aunque con fallas, era atinente al caso.<sup>8</sup>

### 3.2 Un estatuto polémico

En segundo término, el asunto del estatuto aplicable y las formalidades procesales a seguir fue mucho más sencillo en el trámite, a la vez que polémico. La discusión que suscitó el estatuto a aplicarse ha continuado a través de la doctrina penal y penal internacional en vista de que planteaba una ruptura de principios elementales. El artículo 6º del Estatuto<sup>9</sup> enuncia los crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal, para los que se determinaría una responsabilidad individual: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, amén del concepto de *conspiración*, bastante ambiguo. Pese a

<sup>8</sup> Existían una serie de Convenios Internacionales que inducían la determinación de los delitos y crímenes internacionales, aún sin formulación concreta; así desde la Declaración de París de 1856, los Convenios producto de las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, los Convenios de La Habana, el Tratado de Asistencia Mutua de 1923, el Protocolo de Conciliación y Arbitraje de 1925 y diversos pronunciamientos y Tratados que proscribían la agresión y el recurso a la fuerza y que proponen jurisdicciones diversas.

<sup>9</sup> "Los siguientes actos o uno cualquiera de ellos, son crímenes sometidos a la jurisdicción del tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual:

a) *Crímenes contra la paz*: Es decir, planeamiento, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de Tratados Internacionales, Acuerdos y Seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes;

b) *Crímenes de guerra*: Es decir, violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas: asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados, o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados, o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratamientos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares.

c) *Crímenes contra la humanidad*: Es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos, son responsables por todos los actos realizados por toda persona en ejecución de tales planes." "Charter of the I.M. Tribunal" en *op. cit.*, (4), pp. 260 y ss.

que en cierta medida, algunos conceptos encontraban su raíz en una previa normativa consuetudinaria y convencional internacional sobre los crímenes de guerra, otros, eran tipo de auténtica nueva creación; con ello se afectaba el principio penal *nullum crimen, nulla poena sine lege* y se daba entrada a la aplicación de delitos *ex-post-facto*, contrariándose el principio de legalidad penal. Por otro lado, los supuestos tipos penales son amplísimos, en vista de que el propio artículo señala que "... incluyen, pero no están limitados...", dando lugar a las interpretaciones extensivas que harían del juez un árbitro caprichoso y el creador de la ley concreta. Se invitaba a la interpretación analógica con un listado impreciso y ejemplificativo de tipos y calificativas a los mismos (*v.gr.*, "el pertenecer" a ciertas categorías de organizaciones "criminales" cuyo carácter delictivo hubiera sido pronunciado por el Tribunal Militar Internacional).

El artículo 11 del estatuto permite que una vez convictos por el Tribunal, los individuos pudiesen ser juzgados conforme a sus leyes nacionales y tribunales militares, y en consecuencia, imponerles una pena adicional a la determinada por el Tribunal Internacional, con lo cual se rompe el principio *non bis in idem*. El estatuto autoriza el proceso *in absentia* (art. 12º). No se admiten las eximentes de obediencia a superiores jerárquicos, ni el haber actuado en cumplimiento de la ley (arts. 8 y 9). No existe la posibilidad de recusar a los miembros del Tribunal ni a sus suplentes, ni por la fiscalía ni por los acusados o sus defensores (art. 3º). Por otra parte, el Tribunal estaba facultado para dictar sus propios reglamentos de procedimiento o los complementarios (pítulo sexto), se determina que las sentencias del Tribunal serán fundadas a la Carta (art. 13). En el punto relativo a "Fallo y Sentencia" (cadas, definitivas y no admitirán revisión (art. 26). No obstante, el artículo 29 señala que el Consejo de Control de Alemania, órgano ejecutor de las sentencias, puede en cualquier tiempo reducir o modificar las sentencias, estando impedido de aumentar la severidad de las penas. El artículo 27, respecto a la imposición de las penas, establece que éstas quedan al arbitrio del tribunal, pudiendo llegar a decretarse la muerte o cualquier otra, dando lugar así a las penas ilimitadas.

### 3.3. La elección de una jurisdicción improvisada

A primera vista saltan una serie de cuestiones controvertibles desde el enfoque del Derecho Penal y Penal Internacional, sólo explicables por la urgencia punitiva y por el hueco legal internacional innegable. No obstante, si bien existía la necesidad de no dejar impunes las con-

ductas censurables de la guerra, era deseable un mayor detenimiento en el análisis de las vías jurídicas internacionales posibles. Los Pactos, declaraciones y convenios anteriores a la Segunda Guerra, realmente no establecían una forma de justicia aplicable y aunque era constante la fijación de tipos penales relativos a las acciones de guerra, carecían de sanción o ésta era insatisfactoria, por lo que el problema de vacío se hacía continuo. El pacto Briand-Kellog, *v. gr.*, no establece sanción para los *individuos* que como órganos del Estado hubieran recurrido a la guerra de agresión como medio político, refiriéndose en cambio a la responsabilidad *de los estados* por causa de acciones de guerra. A este tipo de argumentos se objetaba que el Estatuto que facultaba al tribunal para actuar, había sido establecido con el consentimiento y cooperación de la comunidad de naciones de incipiente organización para el cumplimiento de las aspiraciones comunes de lograr la justicia y sentar bases concretas de unidad y paz duraderas. En tal sentido, el estatuto respondía a las declaraciones y propósitos previos de la comunidad, expresados en los Pactos y Convenios que le precedían, formulados durante el conflicto bélico y por tanto, al tiempo en que se estaban cometiendo los diversos delitos que luego se someterían al tribunal que se creaba. La no existencia de una normativa internacional expresa que determinara específicamente la existencia de un tribunal que evaluara las conductas bélicas, no era obstáculo para que la comunidad universal, en vista de la trascendencia de los agravios, aprobara y promoviera la creación de tal jurisdicción, legitimándola.

### 3.4. Los esfuerzos para la convalidación del yerro

No se pasaban por alto, pese a todo, las deficiencias del orden jurídico internacional que se postulaba, a lo que se replicó que la necesidad de no dejar impunes los crímenes, convalidaría con posterioridad tales defectos.<sup>10</sup> Además la propia naturaleza consuetudinaria del Derecho

<sup>10</sup> Marcel Merle, se refiere a este punto admitiendo que el defecto legal de esta jurisdicción responde a la necesidad de improvisación de la represión, debido a combinar los requerimientos jurídicos con la situación política prevaliente. La a un vacío en la legislación penal internacional. De ahí que los aliados tuvieran que urgencia de llevar a cabo una "represión eficaz" (que para Merle se cumple con los requisitos de "rapidez" y "universalidad"), dio motivo a que en esta ocasión, como en otras similares, se tuviesen que aplicar medidas *incoherentes*. *Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre*, París, Pedone, 1949, pp. 169-171 (el subrayado es mío). Por su parte, el fiscal estadounidense Robert Jackson, re expresa así: "El Derecho Internacional es más que una colección erudita de principios abstractos e inmutables. Es la consecuencia de los tratados y acuerdos entre

Internacional (cuyas fuentes constantes son los usos, costumbres y equidad), propicia el cambio dinámico del mismo, al serle aplicables principios distintos a los que se observan frente al Derecho escrito.

La legitimidad del Estatuto se hallaba en las normas de cultura. . . se acudió al normativismo secundario o endonórmico, contradiciendo los tópicos positivistas. . . en la ocasión de Nuremberg, estas normas de cultura operan sobre las positivas existentes y aún sobre las inexistentes, creándose un Derecho y una jurisprudencia *ex nihilo* positiva, bajo el imperativo de una conciencia internacional modificada por normas de cultura que demandaban inmediateza exigibilidad.<sup>11</sup>

Pese a estas consideraciones, es probable que la jurisdicción Internacional de Nuremberg haya encontrado sus raíces en la improvisación más que en las normas de cultura o por efecto de su naturaleza consuetudinaria. De otra forma se hubiera optado preferentemente por la costumbre jurídica respetuosa de los propios principios consuetudinarios y de un obrar más metódico y objetivo; la naturaleza consuetudinaria del Derecho Internacional Público no excluye la aplicación y el recurso a otras fuentes que también le informan, como la fuente convencional, de superior jerarquía a la costumbre. Al cabo, todas las fuentes del Derecho Internacional Público tienen una naturaleza hondamente jurídica y decididamente moral —no otra cosa es la *bona fides* que concilia los esfuerzos internacionales por lograr un mundo de relaciones concretas de respeto y auxilio, efectivo y recíproco—; y siendo así las cosas, no hallaría fundamento una norma de cultura que pidiera

las naciones y de costumbres aceptadas. Mas cada costumbre tiene su origen en un acto singular y cada acuerdo ha de iniciarse por la acción de algún estado en particular. A menos que estemos dispuestos a renunciar al principio progresivo de desarrollo del Derecho Internacional, no podemos negarle a los tiempos en que estamos viviendo, el derecho a instituir costumbres y a concluir acuerdos que se convertirán en sí mismos, en las fuentes de un nuevo Derecho Internacional fortalecido. El Derecho Internacional no es capaz de desarrollarse a través de la legislación, porque no hay un establecimiento continuo de derecho internacional. Las innovaciones y revisiones del Derecho Internacional son posibles por la acción de los gobiernos al enfrentar cambios en las circunstancias. . . por ello es que no me preocupa la ausencia de precedentes con relación al proceso que nos proponemos conducir. . .” “Report to the President from Justice Robert H. Jackson, Chief of Counsel for the United States in the prosecution of Axis War Criminals”, en *A.J.I.L.*, vol. 39, núm. 3, July 1945, Official Documents, p. 187. (La traducción es mía).

<sup>11</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, t. I, pp. 15, 16 y 1260.

la derogación o el olvido intencionado de los procedimientos jurídicos cuando son justos y han creado una convicción universal sobre su racional aplicación. Otorgarle un valor superior a una tal “norma de cultura”, podría conducir a la confusión entre costumbres y *urgencia vindicativa*. El alegato de que el origen consuetudinario del Derecho Internacional Público imposibilita la invocación de principios jurídicos que sólo rigen en el ámbito del derecho escrito, reviste de inseguridad jurídica al propio Derecho Internacional, cuyas naturaleza, fundamento y praxis han sido puestos en tela de juicio en frecuentes ocasiones. Por otra parte, el asunto atañe al Derecho Penal Internacional, en el cual el dominio de los conceptos del Derecho de gentes resultaría igualmente discutible.

En cuanto a la jurisdicción “internacional” creada en Nuremberg, resulta peculiar, pues en realidad se trataría de una jurisdicción *unilateral*, ejercida por una parte que se transmuta en juez. Forzadamente puede atribuírsele al Estatuto el carácter de internacional, puesto que sólo una porción de la comunidad internacional lo ideó, propició y constituyó; fueron sólo cuatro estados los signatarios del Estatuto “internacional” y desde luego, los *vencedores*. Más aproximada sería la denominación de *jurisdicción de los victoriosos*, quienes unieron en el compromiso a otras naciones; con ello, la jurisdicción creada nacería prejuiciada, sus procedimientos podrían resultar relativos y parciales. Sobre todo, era una justicia pensada y dirigida solamente a los *vencidos*.<sup>12</sup> Los cuatro signatarios tenían la facilidad de disponer sobre el Estatuto, creaban el Tribunal, determinaban sobre jueces y fiscales, diseñaban la jurisdicción y competencia, establecían las normas sustantivas y adjetivas sobre la aplicación retroactiva de la normativa creada; “. . . los jueces hicieron el estatuto y con posterioridad a los delitos in-

<sup>12</sup> “Una innovación tan revolucionaria como es la enclavadura en la conciencia universal y en el Derecho de Gentes de un “crimen internacional”, no puede llevarse a efecto con el relativo e interesado material utilizado y con el inevitable prejuicio de una dogmática penal determinada, como es el Derecho propio de los vencedores. Es impropio considerar los principios nurembergianos como base del nuevo Derecho Internacional Penal. La jurisdicción adoptada ha de ser íntegramente internacional, y por no haberlo sido la aliada en Nuremberg, resulta que ese proceso no fue otra cosa que la muestra de una voluntad unilateral: la del vencedor. Si este sistema se proyectara como orden internacional permanente, trastocaría todo el orden habido para entronizar como Derecho de Gentes, el elaborado por un grupo de estados frente a otro”. Hans H. Jeschek, citado por L. Jiménez de Asúa en *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 3a. ed., U. Complutense, Madrid, 1948, p. 1248.

criminales...";<sup>13</sup> "Este derecho careció...de toda virtualidad internacional, porque sus órganos no eran los propios de la "Comunidad" sino tan sólo de un cierto número de potencias vencedoras en la contienda".<sup>14</sup>

Y aún a pesar de aparecer cuatro firmantes, la definitiva intervención que el gobierno estadounidense tuviera en la elaboración e imposición del estatuto a los otros tres signatarios, evidenciaba la unilateralidad de la jurisdicción planteada. Según lo narran dos de los protagonistas del proceso, Jacques Bernard Herzog y Henri Donnedieu de Vabres —quien fuera juez en el Tribunal—,<sup>15</sup> el episodio de Nuremberg, fue planteado y preparado desde el escritorio mismo del presidente Truman, quien enviara a su representante —fiscal y figura principal en los procesos—, Robert Jackson, el memorándum correspondiente, que con las mínimas adecuaciones se convertiría en el Estatuto del Tribunal Militar. Si se concede crédito a quienes esto dicen, la Justicia Norimbergiana fue diseño de un sólo estado, lo que llevaría a especular sobre motivos políticos más que sobre aspiraciones de Justicia Internacional. Polémica ha sido la figura del fiscal Jackson, cuya actuación en los procesos le trajera tan mala reputación, al grado de impedirle probablemente el acceso a la magistratura más alta de su país:<sup>16</sup>

<sup>13</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.* (12), pp. 1240 y 1241, nota 18 quat.

<sup>14</sup> JESCHEK, *loc. cit.*, (12), p. 1270.

<sup>15</sup> Vid. D. DE VABRES, "Le jugement de Nuremberg et le principe de la legalité des délits et des peines" en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, juillet 1947, pp. 810-880, y "Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit Pénal International" en *Recueil des Cours*, núm. 70, I, 1947, pp. 480-581; en el mismo sentido, HERZOG, J.B., *Nuremberg, un échec fructueux?*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1975.

<sup>16</sup> Dice JACKSON en su "Report to the President from Justice Robert Jackson, Chief of Counsel for the U.S. in the prosecution of axis war criminals": "II... Hace alrededor de un mes, los Estados Unidos propusieron al Reino Unido, a la Rusia Soviética y a Francia, un plan específico, por escrito, para que esas cuatro potencias se unieran en un protocolo que estableciera un Tribunal Militar Internacional, definiendo tanto la jurisdicción y atributos del Tribunal, como las categorías de los actos que fueran a declararse como crímenes y describiendo a aquellos individuos y organizaciones que fuera necesario someter a proceso..."; y más adelante, "III... 1. La cuestión americana se prepara asumiendo la ineludible responsabilidad que tiene este país para conducir una investigación, preferentemente en conjunto con otros estados, pero si fuera necesario en forma independiente, para deslindar la culpabilidad de aquellos acusados por la comisión de atrocidades u otros crímenes... dejarlos libres sin un proceso, sería una burla para los muertos y haría de los vivos unos cínicos...", en *op. cit.*, (10), pp. 180 y 182. (La traducción es mía).

Le juge Jackson avoit reçu du president Truman la charge de poursuivre cette politique. Il accomplissait sa mission avec la brutalité courtoise des légistes suïs de leur droit, et je me suis toujours posé la question de savoir si l'idéalisme américain ne faissant pas, en 1945, sa place de réalisme d'arrière-pensées dissimulées par la personnalité complexe et séduisante de Robert Jackson. En fait, le personnage était double, parce-que a la image de tout citoyen des Etats-Unis d'Amérique, il considerait que l'interêt politique de son pays était inséparable de l'idéal moral et juridique de la civilization occidentale...<sup>17</sup>

Por otra parte, el Estatuto y la jurisdicción del Tribunal eran ineficaces, puesto que no habían sido aceptados por los alemanes, que, si bien se habían rendido a los aliados, no habían declarado expresamente —ni dado a entender en forma tácita— el acatamiento al Estatuto o la sujeción al tribunal;<sup>18</sup> ni habían suscrito el Tratado de Londres para someterse a él. Así, no era válido el derecho de los vencedores para reestructurar y aplicar un orden jurídico que no había sido aceptado ni acatado por sus supuestos destinatarios.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> HERZOG, *op. cit.*, (15), pp. xvi-xvii.

<sup>18</sup> Vid. "Unconditional Surrender of German Forces at Berlin", United States-Germany-Great Britain-Soviet Union, May 9, 1945, publ. en "The Times", London, May 11, 1945, p. 4; transcrito en *A.J.I.L.*, *op. cit.*, (10), pp. 170-171. El artículo 14 de este documento dice: *This act of military surrender is without prejudice to, and will be superseded by any general instrument of surrender imposed by or on behalf of the United Nations and aplicable to Germany and the German armed forces as a whole.* De aquí no se desprende ni la aceptación del Estatuto ni de la Jurisdicción por parte de los alemanes con posterioridad. Tampoco fue firmado el documento subsecuente, elaborado por los aliados, en cuyo artículo 11 se establece el derecho de éstos a aprehender y someter a rendición a los principales cabecillas nazis o a cualquier individuo sospechoso de haber cometido, ordenado o planeado crímenes de guerra o similares, ya fuera perteneciente a las Naciones del Eje, ya pertenecer a cualquier Estado de las "Naciones Unidas" que hubiere transgredido su derecho interno: "11.b.—The same will apply in the case of any national or any of the United Nations who is alleged to have committed an offense against his national law..."; en el inciso siguiente se establece: c) *the german authorities and people will comply with any instructions given by the Allied Representatives for the apprehensions and surrender of such persons*, pero no implica acatar el Estatuto ni la jurisdicción de la que está dotado el Tribunal, sobre todo al no haber sometimiento expreso por parte de Alemania. "Declaration regarding the defeat of Germany and the assumption of Supreme Authority with respect to Germany and supplementary statements", United States-France-Great Britain-Soviet Union, June 5, 1945, transcrito en *A.J.I.L.*, *op. cit.* (10), pp. 171-178.

<sup>19</sup> Señala Hans Kelsen, al referirse al status legal de Alemania bajo la ocupación aliada, a partir de la rendición en Berlin, que la naturaleza de tal ocupación es dudosa, dada la calidad inciertamente legítima y representativa del *gobierno alemán*

Sería también dudosa la jurisdicción creada por un estatuto del tipo de Nuremberg, en el sentido de dotar a un tribunal de atribuciones para juzgar actos tanto de estados como de individuos órganos del Estado en cuestión, pues tal tribunal no sería el detentador del derecho originario para sancionarlo; no tendría tal legitimación, pues

el *ius puniendi* es atributo de la soberanía y es lógico concluir que donde falta soberano no puede existir titular del *ius puniendi* internacionalmente considerado. . . no existe tampoco un derecho a castigar, no pueden existir organizaciones jurisdiccionales que les sean propias.<sup>20</sup>

Por cierto que esta postura es extrema, pues de esa manera y faltando el atributo de la "Soberanía" en muchos tribunales que carecen de ella y que pese a todo actúan legítimamente, no habría justificación alguna para la jurisdicción genérica de aquéllos.

### 3.5. La legitimación del Tribunal

En lo tocante a la posterior convalidación de los desaciertos e imperfecciones jurídicas —"necesarias" dada la naturaleza de los crímenes—, que no podían resistir la impunidad, se llevó a cabo en forma virtual; en efecto, por medio de varias resoluciones, la Asamblea General de la incipiente O.N.U., dedica atención a la cuestión de la definición de los supuestos que se hacían valer en contra del Eje como violaciones fundamentales; se perseguía la revaloración de un nuevo derecho de guerra, con nuevos tipos penales internacionales y proce-

que se rinde. *There can be little doubt that the status of belligerent occupation would not be compatible with the intention of the victorious powers to reorganize Germany politically as well as economically . . . All this of course, could be achieved by a treaty, concluded with the legitimate Government of Germany. Such a treaty, however, is, at least for the time being, impossible since no legitimate government exists. "The legal Status of Germany according to declaration of Berlin", en A.J.I.L. op. cit. (10), p. 519.* Ante la inexistencia de tal gobierno, por ende, era imposible admitir que aun en vista de una posible aceptación de la jurisdicción militar que se planteaba, ésta fuese legítima. En otro escrito posterior a la constitución de la jurisdicción de Nuremberg, Kelsen especifica que sin el sometimiento de Alemania al estatuto y al tribunal, tal jurisdicción queda viciada, pues el consentimiento del destinatario de esa norma, en materia de Derecho Internacional, es indispensable para su validez. Cfr. Kelsen, "La responsabilidad internacional por los Actos del Estado", en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. xxviii, núm. 1, ene-feb. 1950, pp. 5 y ss.

<sup>20</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, (11), p. 98.

dimientos para sancionarlos. Se buscaba evitar en el futuro la existencia de huecos legales referidos a acciones cometidas por causa de, o durante un conflicto bélico, vacío predicable de la Segunda Guerra Mundial. Las resoluciones emitidas, producto de esas intenciones son: la resolución 94 (I) de 11 de diciembre de 1944, dada en la 55ta. reunión plenaria, sobre el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación, por la que se reconoce la obligación que tiene la Asamblea, en función del art. 13 de la Carta de la O.N.U., de "iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación".<sup>21</sup> Para ello, crea un comité de 17 miembros que en cooperación con los estados miembros, realizará tareas de promoción e investigación para formular reglas de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Muy importantes son dos resoluciones de la Asamblea General en las que se confirman los *principios de Derecho Internacional* reconocidos por el Tribunal Internacional de Nuremberg:

#### *Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 en la 55ta. reunión plenaria:*

##### La Asamblea General

Reconociendo la obligación que tiene de acuerdo con el inciso a) del párrafo 1 del artículo 13 de la carta, de iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación.

*Toma Nota* del Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 y el Estatuto anexo al mismo, así como el hecho de que principios similares han sido adoptados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio el 19 de enero de 1946:

Por lo tanto,

<sup>21</sup> *N.U. Resoluciones adoptadas por la Asamblea General durante la segunda parte de su 1ra. sesión del 23 de octubre al 15 de dic. de 1946.* Lake Success, 1947, N. York, p. 127.

*Confirma* los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal;

Da instrucciones al Comité de calificación de Derecho Internacional establecido por resolución de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946 para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formación en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un código criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal".<sup>22</sup>

*Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1977, 123a. sesión plenaria.*

La Asamblea General

*Decide confirmar* la formulación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg a la Comisión de Derechos Internacional, cuyos miembros, en virtud de la Resolución 174 (II) sean elegidos en el próximo periodo de sesiones de la Asamblea General, y encarga a dicha comisión:

- a) que formule los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nuremberg.
- b) que prepare un proyecto de Código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el cual se indique claramente la función que corresponde a los principios mencionados en el precedente inciso a).<sup>23</sup>

La resolución 174 (II) a que se hace referencia, crea la Comisión de Derecho Internacional, encargada de elaborar la codificación aludida; tarea que no se ha concluido aún, quedando en forma de proyecto que ha sido difundido a los Estados miembros de la Organiza-

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>23</sup> N.U., *resoluciones adoptadas en la As. Gral., documentos oficiales del 2do. periodo de sesiones del 16 de sept. al 29 de nov. de 1947*. Lake Success, N. York, 1947.

ción por recomendación de la propia Asamblea. En vista del Plan de Trabajo para la Codificación de la Responsabilidad de los Estados, aprobada en 1976 durante su XV periodo de sesiones, la Comisión redactó el artículo 19 del Proyecto, en el que se hace la distinción entre crímenes y delitos internacionales, aprobado en el XXVIII periodo de sesiones de la Asamblea General por unanimidad. El artículo aprobado es el siguiente:

Crímenes y delitos internacionales.

1. El hecho por un Estado que constituya una violación de una obligación internacional, es un hecho internacionalmente ilícito, sea cual sea el objeto de la obligación internacional violada.
2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una obligación internacional tan esencial para la salvaguarda de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación esté reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.
3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo segundo y de conformidad con las normas de Derecho Internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar en particular:
  - a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión.
  - b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento de la fuerza de una dominación colonial.
  - c) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid.
  - d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda y protección del

medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera y los mares.

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo segundo, constituye un delito internacional.<sup>24</sup>

De nueva cuenta la Comisión no ha definido en forma taxativa cada concepto, sino ejemplificativamente. Se establecen, según este artículo, dos criterios: el contenido de la obligación internacional violada y la gravedad de la violación, para configurar uno u otro tipo o categoría penales. Evidentemente, este precepto, como el proyecto aún en elaboración, constituyen progreso dentro del desarrollo del Derecho de la Responsabilidad Internacional de los Estados pero la tarea no puede darse por concluida. El siguiente paso será, tal vez, configurar y delimitar, si esto es posible, la responsabilidad del individuo en supuestos tales; con ello se evitará en lo futuro la aplicación de normas internacionales en forma retroactiva.

#### 4. LOS PRINCIPIOS DE NUREMBERG

La Comisión de Derecho Internacional ha resumido los avances logrados a partir de la segunda conflagración mundial en tres puntos básicos:

- La distinción consagrada recientemente en el marco de las normas del Derecho Internacional, de una categoría especial de normas calificadas de imperativas o de *ius cogens*, que no admiten acuerdo en contrario.<sup>25</sup>
- El establecimiento del principio de responsabilidad personal del individuo-órgano del Estado que ha colaborado en determinados hechos a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado.

<sup>24</sup> Citado por FERNÁNDEZ-PALACIOS, Elena, "La distinción entre crimen y delito internacional", en *Revista de la Facultad de Derecho de la U. Complutense*, núm. 66, 1982, Madrid, p. 55.

<sup>25</sup> Conforme al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 y en relación al art. 2.4 de la Carta de Organizaci6n de Naciones Unidas.

- El hecho de que la Carta de las Naciones Unidas atribuya consecuencias especiales a la violación de ciertas obligaciones internacionales.<sup>26</sup>

Los principios a que hacen alusión las resoluciones mencionadas (*vid. supra*), y que vienen a constituir el logro más prominente del Tribunal, haciendo a un lado el castigo mismo de los *criminales vencidos*, se condensan en fórmulas de pretendida validez genérica, que han informado al Derecho Internacional Contemporáneo en modo importante.

El primer aserto de las sentencias se refiere a la determinación de la *superioridad* del Derecho Internacional con respecto al Derecho Interno. Establece su naturaleza de Derecho *Consuetudinario* y afirma que su desarrollo no sólo se ha dado en razón de las costumbres reconocidas, sino a través de tratados, convenios, la formación de la doctrina y el establecimiento de una jurisdicción internacionales. Establece que su validez como tal no sólo es imponible a los estados, sino aún a los *individuos*.

De ello se sigue en el silogismo norimbergiano, que un estado no puede sustraerse a la aplicación del Derecho Convencional Internacional alegando que no ha sido parte en los Tratados que crean o se refieran a obligaciones reconocidas como de *Derecho de Gentes*. En el mismo orden de ideas, tampoco puede desligarse un individuo de una incriminación de orden Internacional, aduciendo que tal inculpación es inexistente en el sistema penal nacional al que está sujeto; basta con que la obligación derive del Derecho de Gentes para que su violación haga responsable al individuo internacionalmente.

Con ello se establece otro principio, vinculado al anterior: el individuo no puede excusar la violación de una norma de Derecho Internacional que tenga el rango de norma de *Ius Gentium* —norma de *ius cogens*— con la justificación de haber actuado en cumplimiento de órdenes superiores o conforme a su sistema jurídico nacional; se rechazan las eximentes o atenuantes de responsabilidad relativas a la obediencia a leyes y superiores jerárquicos. En lo sucesivo, la consideración de las atenuantes o eximentes de responsabilidad quedará al arbitrio de las autoridades que estén ejerciendo la jurisdicción, estableciéndose la prelación de la conciencia individual por sobre las exi-

<sup>26</sup> Citado en FERNÁNDEZ PALACIOS, *op. cit.* (24), p. 174.

gencias disciplinarias nacionales, salvo que en el sujeto haya una imposibilidad para realizar una elección moral.

Por otra parte, y siguiendo los tipos creados por el Estatuto, se formula un esbozo de diferenciación entre *delitos* y *crímenes de guerra* y se establece la tipología de *crímenes de guerra*, *crímenes contra la paz* y *crímenes de lesa humanidad*,<sup>27</sup> que, como ha quedado dicho,<sup>28</sup> aún permanece en el trámite de una conceptualización definitiva.

La enunciación de estos conceptos, los "principios de Nuremberg", provocó cierta reacción. *De facto* había quedado comprobada la aseveración de la primacía del Derecho Internacional sobre el nacional, pero se objetaba la congruencia teórica de ello. Donnedieu de Vabres escribió con posterioridad a los sucesos sus comentarios sobre los principios referidos y sobre la obra del Tribunal en general. Sus opiniones son interesantes en tanto provienen de un protagonista de los hechos, que pese a todo no puede dejar de emitir su opinión secular. Cuestiona el que la sentencia asuma la supremacía del Derecho Internacional sobre el interno, puesto que aquél sólo podría obligar a los individuos miembros de un Estado que aceptase a su vez la validez del Derecho Internacional.<sup>29</sup> Postula, finalmente un equilibrio sin jerarquías de ambos Derechos, probado por la diferencia de sus ámbitos de eficacia normativa.

<sup>27</sup> Vid, "La formulation des principes de Nuremberg", en *Memorandum de Donnedieu de Vabres*, Documents Officiels, Nurembreg. A-Ac 10/34, 1947.

<sup>28</sup> Vid *supra.*, p. 19.

<sup>29</sup> "Des auteurs ont pensé que, dans l'avenir, una application moins élastique du principe de légalité des délits et des peines sauvegarderait de façon plus efficace le droit individuel. Au cours du procès de Nuremberg, la valeur générale et permanente des principes énoncés dans le statut fut attestée par le ministère public... Le représentant du ministère public britannique, Sir Hartley Shawcross s'exprimait ainsi: "Dans la mesure où l'act constitutif de ce tribunal a enregistré officiellement le principe de la responsabilité de l'Etat, il doit être salvé comme un acte de législation internationale, plein de sagesse et portant loin"... Une commission des Nations Unies... vient de recommander à l'Assemblée l'établissement d'un "p'an de codification générale des crimes contre la Paix et la Sécurité de l'humanité" contenant les principes de Nuremberg, et que suivra la rédaction d'un Code pénal International. Est-ce à dire que les incriminations et les sanctions d'un tel code puissent revêtir la précision et la fixité d'une législation interne? Nous ne le pensons pas. Les facteurs divers qui ont déterminé jusqu'ici la mobilité, la instabilité de la société des Etats et qui expliquent les formes changeantes de la delictuosité internationale, n'ont pas arrêté leur action, depuis le jugement de Nuremberg. Il est l'essence du droit International d'être en partie, un droit coutumier." D. de Vabres, "Le Procès de Nuremberg devant..." Op. cit., (15), pp. 574 y 575.

Alfred Verdross, por su parte, comenta:

... Según la costumbre internacional, un castigo por crímenes de guerra era ya lícito antes de la promulgación de las leyes penales modernas... Pero una norma jurídica interna del Estado en cuestión sólo puede, claro está, permitir un castigo de esta índole sobre la base de su ley penal, ya que si bien, está facultado por el Derecho Internacional para castigar a los prisioneros de guerra, no está obligado a hacerlo. Confirma esta concepción el artículo 99 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sobre el trato a los prisioneros de guerra por un acto que en el momento de cometerse estuviera prohibido por una ley de ese estado o por el Derecho Internacional.<sup>30</sup>

Verdross piensa en forma diferente a Donnedieu de Vabres:

Una responsabilidad individual inmediata, fundada en el Derecho Internacional común, se da, única y exclusivamente para crímenes de guerra, ya que en virtud de una vieja tradición, los estados están facultados para castigar a los prisioneros que caigan en sus manos, incluso por violación del derecho de guerra perpetrada antes de su captura. Estas violaciones se llaman crímenes de guerra. Su persecución es lícita en virtud de los usos de la guerra o sea inmediatamente sobre la base del Derecho Internacional. De ahí que las personas en cuestión puedan ser castigadas también por infracciones del derecho de la Guerra que no figuran en el Código Penal del lugar de su perpetración o del país que hizo la detención. Ello prueba que estamos en este caso ante auténticos delitos internacionales.<sup>31</sup>

Esta postura, al conceder mayor valor al Derecho Internacional sobre el interno con relación al *individuo*, es difícilmente defendible pues contrapone al Sujeto individual con su legislación nacional pudiendo dar ocasión a un desequilibrio nacional, más aún ante la ausencia de entidades supranacionales. Esto pudiera ser predicable con relación a los Estados como sujetos, mas no puede ser exigible en lo referente a los individuos, aún y a pesar de tratarse específicamente de la responsabilidad por crímenes de guerra. Se reitera, por tanto, que un

<sup>30</sup> VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, 6a. ed., Aguilar, Madrid, 1976, p. 201.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 210.

estudio minucioso sobre la responsabilidad individual en este sentido podrá ser un avance en el desarrollo del Derecho de la Responsabilidad Internacional; pero no es plausible que, como producto de necesidades paralelas que no se han esclarecido con suficiencia, surja como *nueva costumbre internacional* de tales proporciones.

##### 5. UN NUEVO ORDEN DE DERECHO INTERNACIONAL

Se han querido ver en los episodios de Nuremberg, elementos que aunados a otros, sean propulsores del desarrollo del Derecho Internacional, y aún, una nueva cimentación de este Derecho. Y no pueden hacerse a un lado los progresos alcanzados con el pretexto de una guerra y sus consecuencias. A partir de este primer tribunal militar con jurisdicción internacional, se ha asumido con mayores posibilidades la oportunidad de acceder a un estadio universal en el que existan instancias de autoridad realmente internacionales y con una fuerza vinculante con respecto a la comunidad de naciones.

Se habla de los resultados inmediatos de esa primera muestra de la unidad internacional *v.gr.*, la serie de declaraciones, propósitos, tratados y resoluciones que tiendan a hacer evidentes situaciones conflictivas o a resolver y evitar circunstancias que atenten contra los derechos más elementales del ser humano; la paz y la seguridad de las naciones en el orden interno e internacional, el reconocimiento de nuevos focos de atención internacional.

No obstante para llegar al establecimiento de un *Nuevo Orden de Derecho Internacional*, como se pretende, hay que eliminar ante todo la improvisación y la habilitación de instancias y la violación u omisión de presupuestos de los órdenes jurídico y moral, necesarios en la tarea de cumplir propósitos y logros de aceptación y validez universales.

De Nuremberg emanan defectos, pero también virtudes. No se pueden negar los progresos del Derecho Internacional de la postguerra; pero siempre será preferible partir de aciertos que de errores, y aplicar una auténtica justicia en lugar de administrarla a medias.

##### 6. EL PLANTEAMIENTO DE UNA AUTÉNTICA JUSTICIA INTERNACIONAL

La historia de los conflictos armados nos muestra que las guerras tienen su origen en causas de toda índole que inducen a la agresión.

por parte de un estado sobre otro, que se defiende. En tal sentido, el fin más objetivo de una guerra, para la parte agresora, puede ser la reivindicación de bienes, el expansionismo, e inclusive la reparación de un daño o injuria de los que se considere acreedor; para la agredida, la finalidad de la contienda consistirá en obtener la restitución del bien perdido, la reparación del daño, y aun el escarmiento por lo padecido. Las guerras que se "reciben" como agresión sólo deberían implicar la defensa y no un añadido de violencia que no tuviera proporción con la injusticia primeramente recibida. Para ambas partes la guerra *debería terminar* una vez cumplido el propósito que motivó su iniciación. *Pero no es así.* Para cada uno de los bandos, la contienda es espacio propicio para una serie de intenciones paralelas, de allí que no culmine con la simple reivindicación de la ofensa, sino que pida más. Se hace a un lado, por tanto, el *único fin objetivo y valedero* de las guerras, que es el restablecimiento de la situación anterior en la que el conflicto no cabía, "...la guerra se emprende por amor a la paz..."<sup>32</sup> Tal paz debe ser un estado genuino de armonía en el que las partes ya no sufran un menoscabo mayor que el propiciado por el duelo. Pues no es paz aquella situación en la que, a resultas de la guerra, queda un contendiente humillado innecesariamente ante el otro, pues tal es la venganza. Salvada y resarcida la diferencia, los estados contendientes deben hacer por restablecer efectivamente las cosas en el mejor modo posible, quedando ambos en una posición de libertad, igualdad y aptitud para elaborar conjuntamente las bases sobre las que reestructurarán en el futuro, tanto sus relaciones mutuas, como las que los ubiquen en el marco internacional.

Sin embargo, el primer obstáculo para que se den las circunstancias descritas radica en la posición que al fin de la contienda, tiene el ganador. La habitualidad ha logrado que se tenga por justa la vara del vencedor para medir los daños y estragos causados por el otro en su contra o en la de otras naciones y para no aplicarla, en cambio, a los perjuicios que él mismo, como combatiente, haya podido infligir a los contrarios, a los suyos y al resto de los Estados.

Si lo que se pretende es restablecer el orden y hacer justicia, castigando las conductas que han excedido el marco jurídico, sería tal vez preferible aplicarlo a *todo aquel* que hubiese violado las normas, con independencia de si, *ab initio*, hubiese dado o no causa para tal ruptura.

<sup>32</sup> GROCIO, Hugo, *Del derecho de la Guerra y de la Paz*, t. I, Libro primero, Cap. primero, I., vers. TORRUBIANO RIPOLL, Jaime, Edit. Reus, Madrid, 1925, p. 44.

Pero un espíritu más vengativo que justiciero era el que subyacía en Nuremberg. Era el castigo ejemplar al perseguido y no el logro de la paz, y así ha sido demostrado por la rígida postura estadounidense, expresada en los reportes y *memoranda* previos a la redacción definitiva del Estatuto; por la definición de los "crímenes" a juzgar, por la falta de proporcionalidad entre esos tipos penales y las penas, por la unilateralidad de una jurisdicción; todos estos elementos desconciertan, si ha de aplicarse una justicia verdadera. Pese a tratarse de una guerra agresiva y haber resultado vencedores, los aliados no tenían derecho a exigir de los vencidos otra cosa que no fuese la reparación debida en concepto de responsabilidad internacional del Estado por virtud de actos de guerra. Es posible que el motivo real para enjuiciar a los vencidos por "crímenes de guerra", "crímenes contra la paz" y "crímenes contra la humanidad" tenga un cariz más político: desde la intención de alcanzar cierta publicidad, haciendo notoria la justicia que pondría punto final a las rivalidades; buscar legitimación internacional al castigo colectivo e individual y a las acciones reivindicatorias efectuadas; imbuir de una aureola de legalidad todo el proceso; intentar dar la apariencia de que la propaganda contra la guerra de agresión y el restablecimiento de la paz eran los principales objetivos aliados, siendo que en realidad el objetivo era legalizar y legitimar la *represalia*. El impacto provocado por un tal proceso alcanzaría a los pueblos que se alineaban a los aliados —pese a no ser signatarios del Estatuto—, con lo que se crearía una confianza propiciatoria de alianzas, traducida en la celebración de convenios y tratados que beneficiarían económica y políticamente tanto a las potencias principales como a sus adhesionarios.

En cualquier sentido puede hablarse de una justicia vindicativa:

El principal objetivo del juicio de Nuremberg, y la esencia de todo el problema, fue claramente proclamado por las potencias aliadas cuando el fiscal subrayó como su principal propósito el establecimiento de un precedente jurídico destinado a actuar como un poderoso freno contra un posible impulso futuro hacia una guerra ilegal. El informe final en el juicio de Nuremberg, ... reitera esa idea dominante cuando declara. "Las cuatro naciones a través de sus fiscales y de sus representantes en el Tribunal, han anunciado las normas de conducta... de acuerdo con

las cuales han sido condenados los alemanes... [y cuál]... será la pena para toda nación que sea desleal a dichas normas.<sup>33</sup>

El propio Jackson evidenciaría en una frase la naturaleza de la jurisdicción practicada: "... al vencido no se le oye..."<sup>34</sup> que finalmente fue aplaudida en su cruel sentido vengador por muchos, que hicieron eco a esos propósitos:

Se castigó a los criminales de guerra, por la misma razón que se castiga a todos los delincuentes, es decir, para que sufrieran la justa consecuencia de sus actos, para que el dolor que sembraron a manos llenas y la sangre que derramaron a torrentes no quedaran impunes y también para ejemplo, como lección, como advertencia a los agresores en potencia y con la esperanza de que el patíbulo de Nuremberg, perfilando su roja figura en el horizonte, contuviera en el futuro, a quienes pretendieran desatar sobre la tierra una nueva y catastrófica conflagración.<sup>35</sup> "... la única justicia posible para ellos es una justicia vindicativa, una justicia terrorífica que proclame, implacable en sus procedimientos y fallos, la vieja Ley del Talión, el arcaico y ensangrentado: "Ojo por ojo y diente por diente" de los tiempos primitivos".<sup>36</sup>

El haber recurrido a un foro público como lo fue Nuremberg, para hacer exhibición de las intenciones de un grupo de potencias y gala de recursos de fuerza, no es en modo alguno plausible. Tal alarde hubiera podido cumplirse en otra forma. Los efectos más nocivos de la pretensión aliada en el Tribunal Militar, los resintieron quienes adoptaron tales convicciones como útiles para establecer un precedente jurídico, consolidando así las nuevas normas de Derecho Internacional.

No es descabellada la idea de fundar normas jurídicas que en el futuro ejercieran un poder intimidatorio tal que desalentasen las guerras ilegales, la comisión de actos atroces y la violación de la norma-

<sup>33</sup> SCHICK, Franz, "El juicio de Nuremberg y el Derecho Internacional del Futuro", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo X, núm. 38, abril-junio, 1948, pp. 110 y 111 (el subrayado es mío).

<sup>34</sup> JACKSON, "Prosecution of Major Nazi War Criminals-Final Report to the President from Supreme Court Justice Robert H. Jackson", en *Department of State Bulletin*, vol. 15, oct. 27, 1946, Washington, 1946, p. 775.

<sup>35</sup> FRANCO SODI, Carlos, "Nuremberg otra vez", en *Criminalia*, Año XXVII, núm. 4, abril, 1962, p. 199.

<sup>36</sup> *Ibidem*, "La difícil Justicia de Nuremberg", en *op. cit.* (35), p. 209.

tiva Internacional.<sup>37</sup> Pero tales normas no pueden acoger un tribunal cuyo fuero es de excepción y que poco lograría si evade también el análisis de las responsabilidades de quienes conformaron una jurisdicción de esa naturaleza. Si la tendencia —como hasta el momento se ha mostrado— persiste en forjar jurisdicciones que por definición no procesarán a un vencedor, jamás se desalentará la beligerancia internacional.

Por otro lado, en poco se muestra eficaz un efecto intimidatorio de esta suerte de actos de castigo, puesto que al dar inicio o al rebatir en defensa una guerra, los dos contendientes tienen fe en la victoria —de otro modo no se iniciarían las guerras—, y si la corona última del beligerante victorioso consiste en *poder juzgar* a su rival con una especie de "ley del más fuerte", el deseo que cada contrincante tiene por ganar se fortalece y no se inhibe.<sup>38</sup>

La única forma de evitar que estas normas de reciente creación perdiesen eficacia sería la aplicación de este Derecho Internacional tanto a vencedores como a vencidos. Sólo así se entenderían los principios emanados de Nuremberg como compromisos para todas las naciones y resaltaría la obligación de "...no apartarse de esas normas en su propia práctica, sin atraerse la condenación y el desprecio de la civilización".<sup>39</sup>

No obstante, en la primera oportunidad que se tuvo para aplicar el Derecho Internacional como auténtica fórmula de prevención y conciliación Universales —Nuremberg—, no se afrontaron una serie de datos al parecer triviales, pero de gran trascendencia.

Haber asumido en tal momento un cambio en la conceptualización de ciertos elementos, hubiera hecho del tribunal un ensayo fructuoso de la nueva experiencia del orden internacional. Si algo está fallando, es

<sup>37</sup> "... quizá uno de los medios más eficaces para la prevención de la guerra y la garantía de la Paz Internacional sea la promulgación de leyes que reglamenten la responsabilidad individual de quienes, actuando como funcionarios del gobierno, hubiesen violado el Derecho Internacional recurriendo a la guerra o provocándola". Hans Kelsen, *Peace through law*, Chapel Hill, Nueva York, 1944, p. 71 (la traducción es mía).

<sup>38</sup> "... el precedente de Nuremberg, lejos de haber constituido un eficaz intimidante, más bien prolongará las guerras del futuro y fomentará al mismo tiempo, el descubrimiento de armas más destructivas... Además, esperar mejores resultados de la aplicación de una nueva norma de Derecho Internacional que de un firme principio de Derecho Interno y establecido, parece ser demasiado inconsistente". F. Schick, *op. cit.* (33), pp. 113 y 114.

<sup>39</sup> "Report to the President...", *op. cit.* (10), p. 190.

posible que se deba a una perspectiva de la justicia como parcial y no genérica. Si los Estados que pretenden conformar ese nuevo sistema jurídico internacional asumen que están vinculados a él de forma igual, si no se crean normas pensando en destinatarios especiales; si se prescribe una sanción aceptando que los mismos que la enuncian pueden a su vez situarse en el supuesto normativo de violación de la norma,<sup>40</sup> y ser castigados con aquélla, tal vez fuera posible tener confianza en un genuino y novedoso sistema de Derecho Internacional viable.

Es menester por ello, detenerse a analizar esos datos que, en el caso concreto del derecho de Guerra, pudieran ser modificados en cuanto a su perspectiva.

## 7. LOS PRIVILEGIOS DE LA VICTORIA

La práctica internacional respecto al tratamiento a los vencidos y a los procedimientos subsecuentes al término de las guerras, enraizada en la mejor tradición de la teología jurídica española, coincide en considerar al vencedor como único facultado para someter a proceso y sancionar a los vencidos como culpables:

El vencedor puede considerarse como juez que se sienta para sentenciar entre dos repúblicas representadas, una ofendida y otra que hizo la injusticia, para que de este modo profiera la sentencia.<sup>41</sup>

Así, el vencedor que llegara a la victoria en una contienda en la que la razón y la justicia le asistían en todo momento frente al contrincante injusto, tendría la plena legitimación para juzgarle y con

<sup>40</sup> "Convendríamos con las potencias fiscales en que su política jurídica inaugurada en Nuremberg puede producir efectos duraderos si esas potencias probaran su voluntad para aplicar 'El Derecho Internacional del Futuro' también en los casos en que estuvieran implicados nacionales de los miembros de las Naciones Unidas", F. Schick, *op. cit.* (33), p. 116.

<sup>41</sup> FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones teológicas, De Iure Belli*, Tercera Regla Aurea, vol. II, edic. Padre Luis G. Alonso Geteria, Madrid, 1934, p. 396. El sentido original de la cita Vitoriana, se completa con lo siguiente: "...la sentencia, no como un acusador, sino como juez, con la cual pueda satisfacer a la nación ofendida. Pero en cuanto sea posible con el menor daño y perjuicio a la nación ofensora. Bastante es que sean castigados los culpables en lo que sea debido. Mayormente que las más de las veces, entre los cristianos, toda la culpa es de los príncipes, porque los súbditos pelean de buena fé por sus príncipes. Y es una iniquidad que, como el poeta dice, paguen los aqueos los delitos de sus reyes." Edic. Porrúa, introd. de A. GÓMEZ ROBLEDO, México, 1985, p. 101.

ello dar por enmendada la injuria de que fue objeto y restablecer la paz. A esto apuntan las doctrinas sobre el *ius ad bellum* —la licitud de las causas que hacen *justa* y *legal* la iniciación de una guerra con relación a los beligerantes— y el *ius in bellum* —la permisibilidad y licitud de las conductas de las facciones en el desarrollo mismo de una *guerra justa*, lo que es justo en la guerra—, de formulación medival asimismo, aunque su aplicación y el reconocimiento a los principios que las fundamentan fuesen previos.

De esta forma, el beligerante que inicia una *guerra defensiva* obra justamente al no haber dado motivo para ella y sí en cambio intentar la reparación de una injuria objetiva cometida por el faccioso agresor. Pero no basta que en su inicio la legalidad esté de parte de quien se defiende. Éste debe continuar obrando justamente y no rebasar los parámetros del *ius in bellum* al convertir su defensa en una *vindicta* desligada de la causa que la originó, para perseguir mayores beneficios de la contienda y aprovecharla como vía para obtener bastante más que la mera reparación. En ese sentido una guerra justa en sus *origenes*<sup>42</sup> (de acuerdo al *ius ad bellum*) se tornaría una guerra injusta en su *desarrollo* (conforme al *ius in bellum*) y ello bastaría para viciar la legalidad de la guerra en relación al beligerante inicialmente justo. De este modo, ambos contendientes podrían ser responsables, por igual, de las imputaciones que al término de la gesta se hicieran a los violadores de los órdenes normativos nacional e internacional.

Sin embargo, al alcanzar la calidad de *vencedor* anula al parecer estas consideraciones, al convertir al beligerante, justo o injusto, en el enjuiciador propicio de los crímenes cometidos por el vencido. La parte se convierte, sin oposición ninguna, en juez.

### 7.1. La justicia de los vencedores

En el caso específico de la Segunda Guerra, las "Potencias Aliadas", pese a haber desarrollado una *guerra defensiva* y tener con ello la legalidad de su lado en un inicio, incurrieron en actos y conductas que, posteriormente fueron tipificadas como delitos internacionales que

<sup>42</sup> "Las guerras justas suelen definirse diciendo que son aquellas en que se toma satisfacción de las injurias, si ha de castigarse a una ciudad o nación que no se cuida de reparar el daño causado por sus súbditos ni de devolver lo que ha quitado injustamente", San Agustín, *Dominus dei Decreto*, cit. por Vitoria, *op. cit.* (41), edic. Porrúa, p. 77.

a todas luces violentaban el *ius in bellum* vigente y que se hicieron valer como tales únicamente en contra de las "Potencias del Eje".

Como victoriosos, los "Aliados" procesaron a los contrincantes con las normas que ellos mismos fijaron y crearon para supuestos y conductas que ya estaban determinados en anteriores instrumentos internacionales reconocidos y vigentes; que fueron ignorados, eliminados y aún contradichos en no pocas ocasiones, con la justificación poco congruente pero exitosa de que la calidad evidente de los bienes jurídicos en tutela y mancillados por el Eje era tal, que su reclamo ya no incumbía únicamente a los afectados concretos sino a la humanidad toda como sujeto ofendido por ellos; que era la comunidad internacional la que exigía que los graves delitos cometidos en su contra no quedasen impunes y que su castigo fuese de tal forma rígido, inmediato y público, que pudiese sentar la necesaria ejemplaridad. Esto llevaba a concluir que las normas de Derecho Internacional que habían operado con relativa eficacia en el pasado, resultasen insuficientes, a partir de la reciente guerra, para su aplicación futura; así, la comunidad ofendida consentiría en que las normas deficientes *no se observaran* más. A cambio de ello un *nuevo orden de Derecho Internacional* se gestaba, no importando que en ese tránsito se quebrantaran y sacrificaran normas que obstaculizaban con su excesivo formalismo el logro de las aspiraciones de pacificación y justicia mundiales.

Señalar a los vencidos como únicos responsables de las causas y efectos de una guerra, es, en los instantes en que se busca la paz, ahondar más las diferencias iniciales que hubieran podido existir entre los contendientes. Una justicia que busca la ejemplaridad extrema para satisfacer los deseos mal entendidos de reparación, no es verdadera justicia ni anhelo pacificador. Con ello se ignorarían los objetivos que originan el castigo de los criminales de guerra.

Aparte del fuerte impacto moral y público que conlleva el castigo de los rivales por los ganadores, poco se logra para el futuro. Lo más grave de esto es que de *ninguna forma* podrá haber conciliación entre los contendientes. Si (por las causas que se quiera), en una supuesta igualdad de circunstancias, las diferencias entre ambos motivaron una guerra, es difícil creer que al final de un violento conflicto —del que se esperan todo tipo de excesos y atrocidades— haya menos motivos de fricción en sus relaciones. Por el contrario, habría que pensar que a aquellos pretextos originales se han sumado una serie

de motivos más fuertes para la división entre bandos; y como corolario, el hecho de ser "enjuiciado" por el rival, hará crecer en el vencido mayores rencores. La posición vencedor-vencido, humillante de por sí, puede trocarse en intolerable cuando se vuelve tan sonada y pública como aconteció.

Si lo que se busca es apoyar la abolición de la guerra, el proceso judicial a los líderes derrotados ejercido por sus conquistadores es inapropiado. Las justificaciones que se ofrecen para tales procesos, no tienen ninguna relación con las causas básicas de la guerra. Con ello, no se han eliminado a los futuros líderes en la conducción de otras guerras. . . . Las actitudes que los vencedores deberían de adoptar para asumir tal responsabilidad, contradicen, en estos tiempos de democracias de masas, las condiciones de las relaciones internacionales sobre las que debe descansar la paz. No se lograría la reconciliación con las naciones derrotadas. . . . Tales procesos distanciarían a vencedores y vencidos más aún de lo que estaban al término de las hostilidades.<sup>43</sup>

Mientras el ejercicio del derecho para dar la decisión fundamental esté reservado al vencedor, su veredicto, estableciendo que los vencidos recurrieron a una guerra ilegal, constituiría un acto legalmente problemático y políticamente peligroso.<sup>44</sup>

### 7.2. Necesidad de castigar

Por otra parte, suponiendo sin conceder tal justicia del vencedor, la cuestión que sigue consistiría en determinar de dónde emana la necesidad de castigar y la facultad que para juzgar y sancionar al vencido, se le atribuye a aquél. Para ello, habría que delimitar en lo posible la existencia o inexistencia de culpabilidad, pudiéndose señalar dos tipos diversos de culpabilidad: a) al dar por iniciada una guerra; b) en el desarrollo de la misma.

Respecto a la primera categoría enunciada, es decir, aquella culpa en que se incurre por iniciar, propiciar, desarrollar o mantener un estado de guerra, cabe decir desde un punto de vista formal jurídico

<sup>43</sup> ANDERSON, Arnold, "The utility of the Proposed Trial and Punishment of Enemy Leaders", en *American Political Science Review*, vol. 37, 1943, pp. 1081-1098-9 (la traducción es mía).

<sup>44</sup> SCHICK, Franz, *op. cit.* (33), p. 132.

que la culpa radicaría en la violación del Derecho Internacional por la contravención de Tratados, Pactos o Convenciones que proscriben el recurso a la guerra sin justificación y que obligan a las partes en el compromiso del mantenimiento de la paz. Faltando una jurisdicción vinculativa supranacional con eficacia respecto a los estados que forman parte de la Comunidad de Naciones, y una vez agotadas o evadidas las instancias de posible solución, el Estado cuyo derecho ha sido violado, encara en la guerra la forma de restauración de aquél. El derecho positivo hace lícita la guerra en condiciones tales, en vista de la injusticia cometida. La guerra defensiva tiene no sólo un fundamento convencional —y por tanto legal—, sino consuetudinario, radicado en principios de Derecho entre las naciones, tenido como justo. Los límites de tal contienda reivindicatoria estarían señalados, en el mejor de los casos, en el mismo ordenamiento legal convencional; pero de no ser así, habrá que acudir a fuentes legales internacionales de auténtica fijeza y convicción para regularla. Asimismo, al término de las rivalidades, las consecuencias que de ellas surgieran deberían analizarse desde el punto de vista jurídico formal.

### 7.3. La culpa en los vencidos y vencedores

La tradición de Vitoria, en un enfoque ius naturalista, ha sido continuada por los doctrinarios del Derecho Internacional, y al hacer referencia a lo que debe entenderse por "justa causa", en este sentido, se valoran criterios objetivamente analizables, la injusticia en sí que busca componenda:

No es necesario que intervenga además un criterio subjetivo, como la buena o mala fe, la culpabilidad o la no culpabilidad moral del eventual autor del entuerto. . . . la culpa ha de serlo en el sentido amplio, por legítima imputabilidad jurídica, no necesariamente en el sentido estricto, moral, el criterio subjetivo no se exige necesariamente, porque resulta en la práctica muy difícil de determinar. Pero puede darse, y entonces surgirá una diferencia en orden a las consecuencias de una guerra justa victoriosa: en el caso de culpa en el sentido amplio, la vindicta legítima se limita a imponer la restauración del Derecho y la compensación de la injusticia por el Estado culpable; en caso de falta en sentido estricto, la vindicta legítima llegaría hasta el derecho de ejercer, además, sanciones penales individuales contra el o los

culpables de la empresa guerrera. Sólo en ese caso habría propiamente responsabilidad criminal en el sentido que ahora examinamos.<sup>45</sup>

Así, el nivel más objetivizable de culpabilidad resulta ser el jurídico, ya que la culpa moral es sólo mensurable por criterios subjetivos que dificultan su prueba. Sólo cuando ésta se puede fincar sin duda, es admisible la justicia personalizada. Y tal culpa moral sería reconocible si su naturaleza lesiva tuviese esa misma consideración a nivel universal, no sólo con respecto a quienes directamente han sufrido las acciones u omisiones de guerra, sino ante la comunidad total de naciones.

Las violaciones imputadas al Eje eran de esta naturaleza; ciertamente, a pesar de su negativa aludiendo eximentes de responsabilidad, Alemania dio inicio a una guerra de agresión. Mas respecto a las imputaciones creadas por el Artículo 6º del Estatuto (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) y en su enunciación como tales, no existían formalmente en el momento de su comisión. Pudieran revestir el carácter de violación de normas de derecho locales, o de códigos de conducta diversos, comportamientos antijurídicos o aún, actos moralmente reprochables, pero no eran completamente *delitos* en sentido jurídico internacional. De esta forma, no podría integrarse la culpa en sentido amplio a la que se ha hecho alusión, ni podría hablarse correctamente en tal sentido de imputabilidad jurídica; salvo, claro es, que se hicieran elásticos ciertos principios, como el de legalidad penal, el principio de irretroactividad de la ley penal, el principio de no aplicación analógica de las penas, etcétera, con lo que se tergiversa la legalidad de lo actuado.

Por lo que toca a las consecuencias de la imputabilidad moral sin imputabilidad jurídica, al no ser imputable y sancionable una conducta por falta de norma previa que así lo estipulase, no podría exigirse otra cosa que la responsabilidad genérica en la que efectivamente se hubiese incurrido, mas no procedería un enjuiciamiento sin norma ni delito y por ende, sin sanción establecida previamente. Aunque la condena moral exista con respecto a dichas acciones, sin un fundamento jurídico que lo avale, no es plausible la aplicación de la sanción en

<sup>45</sup> YVES DE LA BRIÈRE, P., "Le droit de juste guerre", cit. por Antonio TRUYOL Y SERRA, "Crímenes de Guerra y Derecho Natural", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 1, núm. 1, 1948, p. 50.

tales términos. En maltrecho sitio quedaría entonces la seguridad jurídica y la eficacia del Derecho se haría relativa; aun pese a la vinculación que éste tuviera con principios morales, no tendría permanencia alguna.<sup>46</sup> Si se va a hacer uso del Derecho cuando conviene a la justicia y a la seguridad jurídicas para desecharlo cuando no revista esa utilidad, queda en entredicho la moralidad de tales disposiciones acomodaticias del sistema jurídico.

En relación con el segundo tipo de culpabilidad, es decir, en la que se incurre, por la comisión de actos de guerra que constituyan violaciones a las normas bélicas, cabe establecer igualmente —y tal vez con mayor oportunidad—, un plano doble: a) el de las acciones cometidas por el agresor y b) el de las acciones cometidas por el agredido; pues tanto uno como otro pueden exceder los márgenes del *ius in bellum*, siendo indistinto el carácter que tengan como iniciadores o receptores de las conductas beligerantes.

En la guerra concreta, tanto una como otra facción cometió los crímenes señalados en el artículo 6º del Estatuto. Si bien el bando aliado no fue iniciador de una *guerra injusta*, guerra de agresión, sus conductas beligerantes —aun en el entendido de ser defensivas— pueden calificarse como excesivas y encuadrar en los tipos creados por el Estatuto, *v.gr.*, "Destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastaciones no justificadas por necesidades militares", según prescribe el inciso b) del citado artículo. Baste para ello recordar los "bombardeos rutinarios" sobre ciudades alemanas y la devastación de las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki, en un momento ya inoportuno y como una muestra de fuerza y prepotencia completamente innecesarias. O en otro caso, bajo los genéricos enunciados de "asesinatos...".

<sup>46</sup> "Entendemos por Seguridad Jurídica —dice Radbruch—, no la seguridad por medio del Derecho, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etcétera... sino la seguridad del Derecho mismo. La cual requiere, a su vez, cuatro condiciones, a saber: 1) que el derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes, 2) que este derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho Seguro, es decir un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en turno al caso concreto; mediante criterios generales como el de "buena fe" o de las "costumbres", 3) que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean practicables"; 4) finalmente, el Derecho Positivo —si se quiere garantizar la Seguridad Jurídica—, no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a menudo a merced de una legislación incierta, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley..." G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía*, F.C.E., México, 1951, pp. 40 y 41.

"maltratamiento de prisioneros de guerra...", "otros actos inhumanos...", caben conductas que pudieran ser predicables de los Aliados, tanto como de las fuerzas del Eje. Aparentemente no pudieron incurrir los Aliados en los supuestos señalados bajo el rubro "crímenes contra la Paz", pues no hubo "planeación, preparación, iniciación o ejecución de guerra de agresión".<sup>47</sup> Sin embargo, respecto de los actos de agresión recibidos por muchos Estados americanos y que les obligaron a tomar parte en la contienda, no se pudo esclarecer por completo la autoría del Eje; aún resta la sospecha sin comprobación, de que las agresiones hubieran sido provocadas o inducidas por alguna potencia Aliada con el propósito de facilitar la incursión en la guerra de tales países a favor de uno de los bandos.

En tal supuesto, y ante la necesidad y el derecho de someter a juicio a los *criminales de guerra*, podría haberse sometido a proceso a todos los criminales de guerra, y no solamente a los de uno de los bandos, puesto que ambos podrían haber cometido acciones de la misma categoría y, por tanto, habrían podido ser considerados igualmente culpables en cuanto a "acciones cometidas en exceso en el ejercicio de la guerra". Por añadidura, y en vista a la consideración de que por *guerra justa* sólo debe admitirse aquella que procure la restauración del derecho lesionado por el agresor, en el momento que el defensor desviara sus pretensiones bélicas de esa finalidad estaría incurriendo igualmente en culpa; toda acción sería excesiva a la mera defensa y restitución del bien tutelado, con lo que la causa se tornaría injusta, pese a que no lo fuese en sus inicios.

#### 7.4. La facultad de enjuiciar

Se ha visto que, en el caso concreto, la tarea de enjuiciar los crímenes de guerra fue realizada por un tribunal creado *ex-profeso* por cuatro de las naciones vencedoras. Por igual se hizo mención de las posibilidades alternas que se ofrecían a la justicia en aquel momento y que finalmente no fueron tomadas en cuenta.

Sobre la solución adoptada queda claro que el fundamento jurídico esgrimido para poder desarrollar una jurisdicción sobre los criminales de guerra, lo fueron normas internacionales convencionales (la Declaración de St. James, la Declaración de Moscú, los documentos de

Yalta, el tratado de Londres, el Estatuto del Tribunal). Sin embargo esto no esclarece a tal jurisdicción como "internacional", puesto que no podía constituirse en ese tenor por cuatro Estados ostentando una representación que no tenían del resto de las naciones, y aún:

... puede objetarse a esta integración limitada a jueces de cuatro naciones, alegando que otras naciones como Bélgica, Polonia, Grecia, Checoslovaquia y Holanda, lucharon también contra la guerra de conquista de la Alemania nazista. Ellos lucharon también y sufrieron todos los horrores de la despiadada agresión de Hitler y sus asociados, ¿por qué no han de tener un asiento en el Tribunal que juzga a los criminales de guerra?<sup>48</sup>

No hay duda respecto a la unilateralidad de la jurisdicción creada. Mas en cuanto al derecho conferido a esas naciones para llevar las riendas del proceso no encuentra otro sustento que el histórico y el de una costumbre mal cimentada.

... en el concepto de justa guerra, el beligerante cuyo derecho ha sido objeto de una transgresión grave, se convierte (en ausencia de una autoridad superior y debidamente cualificada) en el juez que puede legítimamente imponer por fuerza el restablecimiento de su propio derecho. Pero esta teoría, ya exorbitante con respecto a las reglas ordinarias de la justicia y del derecho, es más admisible para la apreciación y el castigo de una responsabilidad colectiva que para la apreciación y el castigo de una culpabilidad individual. He aquí por qué es poco admisible entregar la persona del soberano vencido a jueces designados por sus adversarios victoriosos para un procedimiento penal. Ello tanto más, cuanto que el título de justicia represiva se hace, en tal caso, mucho menos claro. ¿Por qué puede el estado perjudicado convertirse legítimamente, en las condiciones de la justa guerra, en juez y justiciero de su propia causa? Porque el bien común de la colectividad exige imperiosamente que, aunque sea mediante un veredicto de justicia represiva, sean impuestos al Estado responsable y recalcitrante las restituciones, reparaciones y garantías debidas a la comunidad. Pues bien, en ausencia de una autoridad superior que haga justicia, el Estado injustamente perjudicado poseerá *temporalmente, ratione delicti*, jurisdicción re-

<sup>47</sup> "Charter of the International Military Tribunal", en *A. J. I. L.*, vol. 39, núm. 4, octubre, 1945, Official Documents, art. 6 a), p. 260.

<sup>48</sup> TABÍO, Evelio, "El tribunal de Nuremberg", en *Criminalia*, año XII, núm. 3, 1º de marzo de 1946, México, 1946, p. 103.

presiva sobre el Estado responsable para imponerle las necesarias satisfacciones... Mas no es evidente que el bien común de la colectividad, única disculpa de esta anomalía exija rigurosamente, además de las satisfacciones útiles a la comunidad cívica, un castigo personal contra los dirigentes del Estado transgresor del Derecho, ni que esta culpabilidad individual sea juzgada y sancionada. Pues bien, si hay duda razonable la competencia jurisdiccional del Estado lesionado no cabe sea legítimamente presumida; porque en tal materia, es derogatoria y exorbitante con respecto a las reglas generales del derecho público y del derecho de gentes. Por tanto, no nos atreveríamos a apoyar la tesis de la legitimidad de un procedimiento penal ejercitado por delegación de los estados victoriosos, contra los dirigentes de los estados vencidos, como personalmente culpables de la injusticia inicialmente cometida.<sup>49</sup>

Si por la razón válida del *bien común* se puede someter a la justicia a los colectivos e individuos responsables de la transgresión de la esfera de los estados agredidos, con objeto precisamente de restaurar tal lesión, ¿el propio bien común justifica el castigo vindicativo de dichos sujetos? Si lo que se quiere, con tal proceder, es sentar las bases de medidas preventivas contra un conflicto de semejantes dimensiones hacia el porvenir, tal castigo pudiera ser visto favorablemente. Mas si lo que se pretende con una jurisdicción de este tipo es llevar a cabo una revancha pública y legitimada por la opinión mundial, en el entendido de que así se da por satisfecho el bien común que se ha desestabilizado, entonces queda por desglosar una cuestión de moralidad pendiente. Si es el primer motivo aludido el que se intenta, tal vez el medio es excesivo. Tal procedimiento podrá tener la categoría de una evidencia palpable de lo que la comunidad de naciones considera como actos deleznable y reprochables, pero no queda exento del elemento represivo, y en ello, no es pauta de una moralidad internacional deseable.

Puede pensarse que este tipo de justicia es compensatoria, en el sentido que no hay una pura represalia, sino que se estima en probidad, que ante una irrupción en la esfera de un Estado o de sus individuos, resulta un daño objetivamente mensurable que debe ser compensado por su autor equitativa y proporcionalmente. En el supuesto de un daño inconmensurable o que no pueda ser compensado

<sup>49</sup> BRIÈRE, P. Y DE LA, en *op. cit.* (45), pp. 53 y 54 (el subrayado es mío).

en forma igual, se tendría que buscar un sustituto en algún tipo diverso de bien, para lo que habría que determinar cuál podrá ser este sustituto, qué tipo de bien cumple la función compensatoria. Tal determinación quedaría sujeta a la concepción subjetiva que del valor mismo tuviesen ya el agresor o el agredido; inclusive podría dejarse la determinación en manos de uno o varios sujetos auténticamente neutrales, si los dos interesados convienen en su designación. Pero con esto, el criterio compensatorio para el caso de un bien de tipo axiológico o moral, necesariamente sigue pautas subjetivas.

En cuanto al segundo motivo justificatorio para llevar a cabo la justicia y el castigo individualizado de criminales de guerra —lo que sería el afán de represalia—, difícilmente se encontraría presidido por la noción de *bien común de la colectividad* al que se ha hecho mención renglones atrás. Se descartan mutuamente, no se puede entender al *bien común* cimentado sobre las bases de un desquite personal o estatal. Si lo que se busca es ajustar las intenciones políticas que uno o varios países vencedores puedan tener trascendiendo el plano nacional para convertirse en proyecto ultrafronterizo y, con ello, volverse doblemente vencedores, no resultan ni jurídica ni moralmente justificables ambas pretensiones. Así, el juicio se tornaría peligroso, juego inmoral en el que todos los restantes elementos fungen el papel de simples piezas, y en este entendido, no hay justificación ni moral, ni política para enjuiciar a criminales de guerra cuyos delitos, creados para poner en marcha una maquinaria semejante, tendrían que ser enjuiciados por un cuerpo en el que no tuvieran cabida los vencedores.

#### 7.5. Jueces y partes

Si finalmente incurrieron en los mismos supuestos de crímenes de guerra tanto agresores como agredidos, habría que encontrar fundamentos para determinar quién va a juzgar a quién. Accediendo en el castigo a los culpables, la pena debe ser aplicada a *todos aquellos que incurrieron en el supuesto típico*, sin importar su alineación. Pues, ¿a qué se acogen los que juzgan los mismos crímenes que les son imputables?, ¿con qué ley y por medio de qué jurisdicción se determina la responsabilidad? Habría que definir y encontrar una serie de matices:

Y, ¿qué decir finalmente del beligerante que en el curso de la guerra se pasa de un bando a otro, como ha ocurrido en la con-

tienda que hemos presenciado?, ¿o del que interviene junto al beligerante justo cuando ya la guerra se acerca a su final victorioso, sin haber recibido injuria, y sólo para tomar su parte en el botín?, ¿y del que en una contienda tan compleja como la última, en que en realidad se han supuesto varias guerras, es agresor respecto de un país y agredido respecto de otro? Estos casos ilustran especialmente la dificultad prácticamente casi insoluble del problema de la responsabilidad por razón de guerra en la realidad internacional de hoy.<sup>50</sup>

Se ha dicho respecto de la representación de un Estado que firmara un pacto con el agresor, siendo él agresor a su vez de un país vecino, lo mismo que de los representantes de un gobierno que recién inauguró el uso de la bomba atómica, que no pueden haber estado autorizados para constituirse en jueces del crimen contra la paz y de crímenes contra la guerra.<sup>51</sup>

Ante todo, debe encararse el problema del enjuiciamiento por delitos y crímenes de guerra en las facciones *vencedoras*. En principio, "cada beligerante debería castigar los crímenes de guerra de sus súbditos",<sup>52</sup> pues el hecho de ganar o perder un duelo de este tipo no añade ni quita a la enormidad de los actos antijurídicos e inmorales efectiva y naturalmente cometidos en su curso. El resultar victorioso no anula, ni convalida, ni legitima los propios delitos. Pareciera que en el punto se enfrentan dos distintas *moralidades jurídicas*: la una, que ve al vencido, por el hecho de serlo (casual, azarosamente; justa o injustamente), con una moral disminuida, con la marca de perjudicial o nociva; la otra, que le concede un rango moral y ético más elevado al vencedor, por definición. Mas si ambos cometen las mismas acciones, y por tanto caen en iguales supuestos de inmoralidad o amoralidad, ¿por qué se castiga a uno y se deja impune al otro? Se contestará: porque uno ha dado motivo a la agresión y el otro se ha defendido, por lo cual, por añadidura, se le otorga el poder de juzgar a aquél. Y si el que llega invicto al término, ha sido el agresor, ¿cómo proceder entonces? A menos que se esté dispuesto a admitir que es el triunfo o el fracaso en una situación de guerra, lo que la legitima, lo que le da el *status* de guerra justa, debería comenzarse a entrever en la justicia igualitaria para vencidos y vencedores una posible forma de construcción de un genuino nuevo orden de Derecho Internacional.

<sup>50</sup> TRUYOL, A., *op. cit.* (45), p. 56.

<sup>51</sup> MERLE, M., *op. cit.* (10), p. 117. (La traducción es mía.)

<sup>52</sup> TRUYOL, A., *op. cit.* (45), p. 57.

## 8. PROPUESTA: UNA JUSTICIA PARA LOS CRIMINALES

Como se ha reiterado, el ideal perseguido al entablar o rechazar una guerra, es el logro de un beneficio: la reparación de un daño y su castigo, para el agredido,<sup>53</sup> la expansión hegemónica o la reivindicación de algún provecho por vía de razones políticas o de Estado,<sup>54</sup> para el agresor (o incluso el falso entendido de pedir, a su vez, la reparación de una injuria). Cada bando alberga desde siempre la esperanza de ganar la lucha, pues con ello se alcanza el ideal inicialmente perseguido y frecuentemente otros más, lo cual desvirtúa la razón misma de la fatídica contienda:

Declarada con causa justa la guerra, no debe ser llevada para ruina y perdición de la nación a quien se hace, sino para la realización del derecho y la defensa de la patria y de la propia república y con el fin ulterior de conseguir la paz y la seguridad.<sup>55</sup>

Si la intención posterior a la victoria es reiniciar la paz, no sólo con relación a la situación nacional interna sino a la internacional, y más concretamente, respecto al beligerante vencido (agresor o agredido), la normatividad internacional que se aplique sería decisiva para borrar o ensanchar definitivamente las diferencias entre los contendientes. La cuestión de los criminales de guerra ha dado lugar a una división de opiniones: por un lado, un sector dolido que exige un castigo público y universal por el daño infligido;<sup>56</sup> y por otro, quienes recomiendan equilibrio, tolerancia y una justicia proporcionada y legal, que no deje pasar por alto el crimen internacional, pero que tampoco lo sancione

<sup>53</sup> "La única y sola causa justa de hacer la guerra es la injuria recibida." Victoria, cuestión tercera, cuarta proposición, *op. cit.* [(41), edic. Porrúa], p. 82.

<sup>54</sup> "La diversidad de religión no es causa justa para una guerra", cuestión tercera, primera proposición, p. 81; "No es justa causa de guerra el deseo de ensanchar el propio territorio", cuestión tercera, segunda proposición, *loc. cit.*; "Tampoco es causa justa de guerra la gloria o el provecho particular del príncipe", cuestión tercera, tercera proposición, *loc. cit.*, Vitoria, *op. cit.* (41).

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp. 100-101.

<sup>56</sup> En este grupo, y focalizando la opinión pública, el elocuente Sheldon Glueck, que afirma que los esfuerzos por retardar la justicia de Nuremberg contra los criminales de guerra, paralizaban la única justicia aplicable al caso, con lo que se haría "burla de la justicia que demandaban los hombres libres para que fuera impartida a los alemanes culpables de las monstruosas afrentas" y se incurría de nuevo en los falsos procedimientos de criminales de guerra de 1919. S. Glueck, *op. cit.* (5). (La traducción es mía.)

tan severa y desmedidamente que provoque con ello nuevas causas de rencores entre los juzgados y juzgadores. La propuesta por la aplicación de los "principios de justicia civilizada".<sup>57</sup>

Es claro que ambas posturas coinciden en no pasar por alto las conductas delictuosas originadas y desarrolladas con motivo de la guerra, evitando con ello una posible impunidad; mas difieren en algunos puntos que merecen atención: en tanto la primera postura demanda simplemente el castigo a los vencidos como una forma obligada de reparación por los daños y perjuicios causados a la humanidad-sujeto ofendido —la vindicación indemnizatoria—, la otra posición —"justicia internacional civilizada"— propone la reparación por medio del sistema jurídico internacional, adecuado rasero que se presenta como preeminente aún por encima de una urgencia vindicativa. Aunque ambas tendencias parecen ser la misma, la diferencia estriba en que el grupo *vindicador* concede utilidad al Derecho Internacional en cuanto sea propicio para obtener la venganza legitimada para un grupo, que es el de los vencedores y sus adeptos; en todo lo que aquel Derecho obstaculizara el logro de dichos fines, una labor interpretativa, de integración, o aun de creación de un nuevo Derecho, sería adecuada. Con ello se serviría a los intereses unilaterales de un puñado de naciones, cuyos afanes por vengar sus particulares pérdidas y por legitimar sus propios actos no podría diluirse en una idea de *justicia internacional*; para el otro grupo, el aparente formalismo que postula deja sitio todavía para la flexibilidad y enfriaría los ímpetus vengativos, dejando a salvo el verdadero objetivo que se persigue al castigar a los criminales de guerra, que no es otro que hacer emerger de nuevo la confianza en un sistema normativo internacional que *acerque* a las naciones y no las distancie más; que se recuperase la fe en los procedimientos e instancias jurídicas conciliatorias y que se sentasen verdaderamente las bases para una única y definitiva asociación de Estados, que sin perder sus atributos de autonomía y soberanía, estuviesen dispuestos a intentar en cualquier instante la solución de los problemas que aquejan a alguno o varios de sus miembros.

<sup>57</sup> "Estos principios demandan el que un individuo no sea castigado por la comisión de un acto, por espantoso que éste sea, a menos que tal acto fuera considerado como crimen por una ley aplicable en el tiempo y en el lugar en el que se cometió (*nulla poena sine lege*) y a menos que la culpa del individuo fuera establecida por una corte competente utilizando procedimientos regulares para ello (debido proceso legal)" Q Wright, *op. cit.* (7), pp. 257-258. (La traducción es mía).

Con tales ideas, el ejercicio de una auténtica justicia y de un orden jurídico legalista podía haber conducido a que, por vez primera, se ensayase una justicia de guerra internacional que no distinguiera entre *criminales de guerra vencidos* y *criminales de guerra vencedores*; que de una vez y en congruencia con la consideración de la terrible entidad del daño que la humanidad se había causado a sí misma, se investigase y sancionase a *los criminales* sin importar la posición obtenida azarosamente por los combatientes en la guerra; y con ello, probar la genuina convicción de las partes en la recomposición de la paz, al procesar cada bando por igual *sus criminales*.

Finalmente, todo esto lleva a reflexionar sobre conceptos que permanecen confusos: se habla de la guerra y en su torno se entretejen teorías sobre el *derecho* a la guerra y el *derecho* en la guerra, como si ésta, que es la muestra más tangible del Derecho fallido —el *no-derecho*—, pudiera tener una mística interna de justicia convalidatoria. La guerra es el caos social pero también el jurídico, "pues donde falta la justicia comienza la guerra".<sup>58</sup> Es el espacio de ruptura de la legalidad que, paradójicamente, también está normado y revestido de legalidad, para restaurar la normalidad quebrantada. Y sin embargo, la norma que se aplica inmediatamente después de la victoria (cuando se *supone restaurado* el Derecho), es una norma especial y privativa: la norma del vencedor, que en el mejor de los casos recrea el Derecho vigente, de aplicación entre las naciones, pero que puede eludirlo para aplicar otro más acorde con sus afanes vindicativos para el caso concreto.

Aquí, entonces, se presenta la posibilidad de hablar de un Derecho de reconocimiento universal, que se aplicara en forma genérica a las particularidades que siguen al término de las guerras, ya sea sentando las bases que articularían casuísticamente las circunstancias, ya reglamentando con el mayor detalle posible lo que atañe no sólo al vencido sino al vencedor por igual. Esto se antoja ocioso, puesto que ese Derecho *ya existe* —no otra cosa serían las costumbres, tratados, convenciones e instrumentos internacionales que existen y siempre han existido en la modernidad de las relaciones entre los pueblos—; sin embargo, es también un Derecho que parece *suspenderse* en vista de la naturaleza extraordinaria que la guerra y su saga tienen. Y si los conceptos *ius ad bellum* y *ius in bellum* se refieren a contenidos extraordinarios de la normatividad aplicada a la guerra, en su inicio y

<sup>58</sup> GROCIO, Hugo, *op. cit.*, (32), t. I. Libro Segundo, Caps. I, II, 1, p. 258.

desarrollo, un *ius post bellum* radicaría su contenido en la necesaria regulación de la situación posbélica referida a todos sus protagonistas, como un momento de tránsito hacia la restauración de la normalidad y normatividad nacionales e internacionales, y que no se confunde, aunque es un sector del mismo, con el Derecho más general que regula las relaciones entre las naciones. Un Derecho de esta naturaleza tendría por soporte el compromiso plurilateral: se trataría de un sistema elaborado por todas las naciones que se tienen a sí mismas como destinatarios potenciales o actuales del mismo; que si bien llegasen a reconocer la pasada existencia de lagunas y fisuras del Derecho que rige a las naciones, estuviesen dispuestas a formular para el porvenir, principios jurídicos sistemáticos que comprueben un sistema *justo* y no meramente habilitado, de eficacia retroactiva; que no enfrentase en posturas irreconciliables a los valores Justicia y Seguridad Jurídica. Que no dejase duda respecto a lo que es justo y a lo que no lo es:

Donde se origine una pugna entre Seguridad Jurídica y Justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera... empero... donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el Derecho Positivo, allí la ley no es solamente derecho injusto, sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica.<sup>59</sup>

Se trataría de un Derecho que no alentase la impunidad, pero que tampoco optase por la improvisación forzada de la represión; y en el que el dilema moral que se llegase a presentar no implicara el sacrificio de un derecho estatuido y justo por uno acorde a las "normas de cultura" y a las pretendidas necesidades vindicativas de una mal planteada dinámica de lo normativo, que escudara razones de estado e intereses políticos de algunos. En una frase, que plantee la justicia en la administración del derecho entre las naciones.

Si adscribimos a un sistema jurídico el significado mínimo de que ha de consistir en reglas generales... este significado connota

<sup>59</sup> RADBRUCH, G., "Arbitrariedad...", *op. cit.* (1), pp. 36, 37, 38.

el principio de tratar de la misma manera a los casos semejantes, aunque los criterios para determinar cuándo los casos son semejantes sean hasta aquí sólo los elementos generales especificados en las reglas. Es verdad, sin embargo, que un elemento esencial del concepto de justicia es el principio de tratar de la misma manera a los casos semejantes. Esto es justicia en la administración del derecho, no justicia del derecho. Hay así, en la noción misma del derecho como consistente en reglas generales, algo que nos impide tratarlo como si desde el punto de vista moral fuera totalmente neutro, sin ningún contacto necesario con los principios morales. La justicia procesal natural está formada, por lo tanto, por aquellos principios de objetividad e imparcialidad en la administración del derecho que complementan exactamente este aspecto de él, y que tienden a garantizar que las reglas sean aplicadas solamente a aquellos casos genuinamente comprendidos en ellas, o al menos, a reducir al mínimo los riesgos de desigualdad en este sentido.<sup>60</sup>

Finalmente, ¿por qué considerar que en Nuremberg se ha creado un nuevo orden de Derecho, una nueva serie de principios de Derecho Internacional? ¿Acaso porque los existentes, y que informaban efectivamente el orden jurídico habían perdido su validez por tratarse de derecho injusto? Si las circunstancias, jurídico-político-sociales obligaban en apariencia a sacrificar una vía jurídico moral en aras de otra más conveniente para el momento, hubiera sido preferible enfrentar tal verdad, reconociendo que se obraba en aras de intereses no generalizables y no recurrir a argumentos atacables por su fragilidad.

La verdad inobjetable de las palabras de Hart con ocasión de la expresión de sus diferencias conceptuales con Radbruch, pudiera tener vigencia en este caso, pues:

...era menester optar entre dos males: el de absolverla<sup>61</sup> y el de sacrificar un principio moral muy precioso incorporado a la mayor parte de los sistemas jurídicos... [se refiere al principio de legalidad penal]... si hemos aprendido algo de la historia de la moral, es que la reacción adecuada frente a un conflicto

<sup>60</sup> HART, H. L. A., "Separación entre Derecho y Moral" en la compilación *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Depalma, Bs. As., 1962, pp. 54 y 55.

<sup>61</sup> Se refiere HART, en su cita, a un caso judicial alemán de cierta relevancia, en el que se muestra la incorporación de la doctrina Radbruchiana sobre el derecho positivo injusto, y en el que finalmente se tiende a la aplicación de la retroactividad penal y a la violación del principio de legalidad penal.

de este tipo, es no ocultarlo. Las situaciones en que la vida nos fuerza a elegir entre el menor de dos males, deben ser asidas, como las ortigas, con la conciencia de que no lo son. El defecto de este uso del principio de que en ciertos puntos límites lo que es totalmente inmoral, no puede ser derecho o lícito, es que servirá para enmascarar la verdadera naturaleza del problema de enfrentarnos y favorecerá el optimismo... de que todos los valores que estimamos terminarán por ensamblarse en un sistema único, sin que ninguno de ellos tenga que ser sacrificado o comprometido para dar cabida a otro.<sup>62</sup>

En el caso tratado aquí, tal vez lo anterior resulte demasiado claro; al optar por la justicia de Nuremberg, se consideró preferible la violación de un orden jurídico justo y vigente, para de esa forma, poder aplicar un castigo a quienes eran moralmente culpables y sentar ejemplaridad.

Después de todo, ya está hecho; pero es preciso no olvidar que, en las circunstancias, no se ha logrado una cabal legitimación, pese a la aparente adhesión o el silencio internacionales. Es preciso revisar las pretendidas bases de ese nuevo orden internacional para evitar los yerros y eludir sus ramificaciones equívocas. Se requiere recordar constantemente que

...si esta guerra se hace en contra del autoritarismo y para restaurar la libertad, sería mal comienzo empezar hollando el más característico de los principios liberales: el respeto al derecho. Exigírselo a cada uno de los pueblos y no cumplirlo la comunidad internacional, que debe dar a todos el ejemplo, será el mayor contrasentido.<sup>63</sup>

Como último punto, que tal vez ha debido ser el primero, anotar que no ha sido la intención de este escrito hacer la apología bélica. La guerra no es un bien, pero sí una terrible realidad. Ése debería ser el primer aserto del que partiera toda pretensión por consolidar un nuevo orden normativo internacional.

El espíritu ireneísta de quien esto escribe, la obliga a ver con cierto escepticismo cualquier construcción con miras a la proyección universal que no tomase en cuenta un genuino sentido de justicia. Todo ello,

sin desconocer una realidad, apuntada ya hace tiempo por un gran pacifista:

El estado de Paz entre los hombres que viven juntos, no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> HART, H. L. A., *op. cit.* (60), p. 48.

<sup>63</sup> TABÍO, E., *op. cit.* (48), p. 100.

<sup>64</sup> KANT, I., *La Paz Perpetua*, secc. segunda, Tecnos, Madrid, 1985, p. 14.