

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



**ALGUNOS ASPECTOS FUNDAMENTALES
DE LA
JURISDICCION INTERNACIONAL PENAL**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

ANGEL CAAMAÑO URIBE

MEXICO, D. F.

1975



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

DEDICATORIA

Como testimonio de gratitud y estimación personal dedico este trabajo al Sr. Lic. don Carlos Gálvez Betancourt, maestro de reconocido prestigio de esta Facultad de Derecho y actual Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social, a cuyo desinteresado apoyo debo haber dado cima a este empeño académico.

CUIQUE SUUM

Los aciertos que se le reconozcan a este trabajo deben atribuirse a la diligente revisión que de los originales hizo el Dr. Gil Gil Massa, quien se sirvió vigilar esta tesis. Asimismo deseo expresar mi reconocimiento hacia el finado maestro de esta Facultad de Derecho, Dr. y Gral. Octavio Véjar Vázquez Q.E.P.D., quien me dio inapreciables orientaciones y puso a mi disposición su riquísima biblioteca. Finalmente le doy las gracias a mi hijo Angel Caamaño Cano quien, a la edad de diez y siete años, hizo la traducción del inglés de los textos consultados.

INTRODUCCION

"Si ciertos actos y violaciones de tratados son crímenes, lo son sea Alemania o los Estados Unidos, quien los cometa. No nos proponemos proclamar una regla de conducta criminal contra otros sin estar dispuestos a aplicárnosla a nosotros mismos". Palabras del ex-presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos ROBERT H. JACKSON en su calidad de fiscal norteamericano ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

"Quien presencia un crimen en silencio, lo comete".—JOSÉ MARTÍ.

Las inenarrables atrocidades cometidas durante más de quince años por las fuerzas invasoras norteamericanas en el sudeste asiático en cuerpo y alma de un pueblo pequeño y débil, pero heroico, a pretexto de contener, en nombre de la civilización occidental a la que pretenden representar con todas las lacras y egoísmos de ese pueblo anglo-sajón y también a pretexto de preservar la seguridad de la nación más poderosa del orbe, de preservarla digo ante el avance de una ideología político-económica, por una parte, y las numerosas objeciones que se han enderezado contra la actuación de los tribunales internacionales de Nuremberg y Tokio, por la otra, me han hecho pensar una y varias veces en la necesidad jurídica y la justificación moral de que se establezca en forma permanente el Tribunal Internacional de Justicia Penal para la persecución y castigo de los más graves y abominables crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz.

En efecto, como lo señala atinadamente el maestro Véjar Vázquez, clasificar como militar el Tribunal de Nuremberg no está debidamente justificado, puesto que dicho jurado no fue integrado por el Consejo de Control de Alemania, ni sus componentes eran miembros de ningún ejército. Además, la mayor parte de los hechos por los que fueron acusados los reos no estaban previstos como delitos militares en ninguno de los códigos castrenses de las cuatro potencias que se arrogaron el derecho de juzgarlos. Similares omisiones y errores se cometieron en relación con los reos, *verbi gratia*, fueron éstos de una gran variedad de tipos y categorías incompatibles con el criterio único con que se les juzgó: individuos y organizaciones; civiles y militares; presentes y ausentes; etc. Parece monstruoso, *prima facie*, que un tribunal militar enjuicie a un partido político o al gabinete de un régimen gubernamental. Es jurídicamente imposible soslayar el hecho de que "la ley común estima la obediencia de manera diametralmente distinta a como la justiprecian las organizaciones castrenses." *

Las leyes de la guerra que en concepto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg fueron infringidas por los reos, fueron las establecidas en las Conferencias de Paz de La Haya de 1899, 1907 y 1922, cuya violación no se convino en considerar delitos, ni tampoco se establecieron penas específicas para sus infractores en las aludidas conferencias creadoras de los instrumentos legales mencionados.

Debe tenerse muy presente, además, que la Convención de Ginebra de 1929 prevenía en su artículo 45 que los prisioneros de guerra estarían sujetos a las leyes y reglamentos que rigieran la vida institucional de los ejércitos captores; en tanto que el Manual de Campaña del ejército norteamericano establece la prohibición de imponer a los prisioneros de guerra otros castigos que no sean los mismos que se impongan, por los mismos actos, a los soldados del ejército que los hubiera capturado, así como el deber de tratarlos en todo momento con humanidad, protegiéndolos especialmente contra actos de violencia, insultos, vejaciones y espectáculo pública. Con desprecio total de las mencionadas prescripciones legales, los

* Octavio Véjar Vázquez.—*Autonomía del Derecho Militar*. Editorial Stylo. México, 1948. Pág. 73.

militares condenados a muerte en Nuremberg, fueron ahorcados como vulgares salteadores de caminos, incinerados sus cadáveres y esparcidos sus cenizas en el mar, todo en medio de una morbosidad sin precedente.

Todas estas aberraciones jurídicas fueron resultado de la precipitación con que tuvieron que ser establecidos los tribunales internacionales de Nuremberg y Tokio, así como de la ausencia de precedentes jurídicos (tratados, jurisprudencia y costumbre internacional) que sirvieran de apoyo legal para elaborar sus fallos. El carácter militar que se les quiso conferir no obedece a otro móvil que al deseo de hacer más expedito y rígido el procedimiento y más severas las penas.

Por otra parte, parece evidente que el gobierno de los Estados Unidos ha violado, ostensiblemente, los acuerdos de Ginebra de 21 de julio de 1954, cuyos acuerdos se comprometió a respetar. "En sus relaciones con Camboya, Laos y Vietnam, cada miembro de la Conferencia de Ginebra se compromete a respetar la soberanía, independencia, la unidad y la integridad territoriales de los Estados arriba mencionados y a abstenerse de toda injerencia en sus asuntos internos".

"La Conferencia toma nota de las cláusulas del acuerdo relativas al cese de hostilidades en Vietnam que prohíben la introducción en Vietnam de tropas y personal militar extranjeros, así como toda suerte de armas y municiones. La Conferencia toma nota también de las declaraciones hechas por los gobiernos de Camboya y Laos acerca de su decisión de no solicitar ayuda extranjera, ya sea en material de guerra o en personal militar o en instructores, salvo con la finalidad de velar por la defensa efectiva de su territorio y, en el caso de Laos, en toda la extensión definida por los acuerdos en lo tocante al cese de hostilidades en Laos".

"La Conferencia toma nota de la cláusula del acuerdo relativa al cese de hostilidades en Vietnam en el sentido de que no puede establecerse ninguna base militar sometida al control de un Estado extranjero en las zonas de reagrupación de las dos partes, teniendo estas últimas la obligación de ver que las zonas a ellas asignadas no lleguen a constituir parte de ninguna alianza militar y no sean utilizadas para la reanudación de una política agresiva".*

* Incisos de la declaración final de la Conferencia de Ginebra de 21 de julio de 1954.

El Comité de Juristas Norteamericanos para el Examen de la Política de los Estados Unidos en Vietnam, tras de haber analizado los aspectos jurídicos fundamentales de la acción militar norteamericana en el sudeste asiático, llegó a las siguientes conclusiones:

“Por las razones expuestas en nuestra Memoria, este Comité ha llegado a la conclusión, lastimosa pero inevitable, de que las acciones de los Estados Unidos en Vietnam infringen las principales disposiciones de la Carta de la ONU, a la cual nos hallamos ligados por un tratado, y violan los acuerdos de Ginebra que nos hemos comprometido a respetar”.*

Desgraciadamente, a los crímenes cometidos por los Estados Unidos en Vietnam, hay que agregar ahora los que el propio imperialismo norteamericano no acaba aún de cometer en Chile a partir del 11 de septiembre de 1973. Y es que, como dice acertadamente Bertrand Russell, “en todas las partes del mundo el peligro de guerra y de padecimiento emana del imperialismo de los Estados Unidos. Donde quiera que se padezca hambre, explotación tiránica, torturas, enfermedades de masas y miseria, vale decir que la fuerza que oprime a los pueblos tiene su origen en Washington”.**

Desde los abominables crímenes de los nazis, nunca había vuelto a conocer el mundo una repulsa tan fuerte y generalizada como la que ha venido experimentando ante la crueldad y extensión de los crímenes norteamericanos perpetrados, primero en Vietnam y ahora en la República de Chile a través de un puñado de militares sin honor, sin escrúpulos de ningún género, al mando de un general paranoico y acomplejado por su fealdad física, quien a su vez acata obediente y sumiso las consignas del Departamento de Estado y de la Secretaría de la Defensa (Pentágono) de los Estados Unidos. Con sobrada razón Bertrand Russell exclamó: “En el curso de la Historia ha habido muchos imperios y sistemas de explotación imperialista crueles y rapaces, pero ninguno contó jamás con el poder tan

* Carta al presidente de los Estados Unidos de los Sres. Robert W. Kenny y William L. Standard, presidente honorario y presidente efectivo, respectivamente, del Comité de Juristas para el Examen de la Política Norteamericana en Vietnam, fechada el 25 de enero 1966.

** Bertrand Russell.—*Los Crímenes de Guerra en Vietnam*. Aguilar, editor. Madrid, 1967. Pág. 127.

inmenso como el que tienen los Estados Unidos. El suyo es un sistema mundial de opresión que representa una auténtica amenaza para la paz y un peligro real de guerra nuclear mundial".*

He aquí lo que es un imperialismo rapaz que, salvo lo que está haciendo ahora en Chile por medio de esbirros, matones y verdugos criollos que portan el uniforme del ejército chileno, no ha sido en parte alguna tan cruel y desenfrenado como en Vietnam. El imperialismo norteamericano no vaciló en recurrir, en Vietnam, a la guerra química y bacteriológica, a las bombas de fósforo, al NAPALM y a los defoliantes; los soldados norteamericanos han destripado, descuartizado y decapitado gente en Vietnam; han creado campos de concentración al estilo nazi a los que, eufemísticamente, han llamado "aldeas estratégicas"; han recurrido a los trabajos forzados y a toda clase de tecnicizadas y crueles torturas. Los soldados norteamericanos arrojaron en Vietnam —para sonrojo de cualquier norteamericano honesto y para vergüenza de todo hombre de bien— bombas incendiarias hasta la saturación sobre clínicas médicas, sanatorios, hospitales, escuelas y aldeas. Baste el siguiente botón de muestra: el envenenamiento masivo de la población de la aldea vietnamita de Fu Loi llevada a cabo el primero de diciembre de 1958. Seis mil vietnamitas detenidos en esta aldea de la provincia de Thu Dau Mot fueron envenenados; entre las víctimas había muchas mujeres. Ese día, horas después de la comida, todos los que habían ingerido alimentos sufrieron atroces dolores. Se sostenían el vientre gritando y retorciéndose en medio de convulsiones; los más débiles segregaban saliva por la boca y murieron inmediatamente después con los ojos desorbitados. Otros se arrastraron con dificultad hasta la puerta para pedir socorro, pero agotados por sus esfuerzos se desplomaron también. Los cadáveres cubrían el suelo de la nave donde estaban encerrados. La verdad fue conocida a pesar de los esfuerzos del gobierno norteamericano para ocultar el crimen. La Tribune des Nativos escribió en su número del 6 de enero de 1959: "El teniente Ho Van Tan, entrenado en los Estados Unidos en contraespionaje, realizó la siniestra proeza de diezmar por envenenamiento el campo de concentración de Fu

* Bertrand Russell.—Obra citada. Pág. 126.

Loi (Thu Dau Mot), resultado: 1,000 muertos y 4,000 agonizantes de un total de 6,000 presos políticos”.*

El conocido columnista del *Monde Diplomatique*, de París, Jean Pierre Faye decía en un artículo suyo publicado en mayo de 1975, intitulado “Estados Unidos, el Carnicero de Vietnam”: “En julio de 1973 el más grande teórico de la ciencia del lenguaje, Noam Chomsky, se arriesgaba a una predicción. Al citar el discurso de un gran asesino de la guerra de Vietnam, William Colby, anunciaba que éste sería próximamente director de la CIA (Agencia Central de Inteligencia, norteamericana). Un mes después, en agosto de 1973 la predicción se realizaba: Nixon nombraba a Colby director de la CIA, indudablemente debido a sus sangrientos logros durante la “Operación Fénix” en Vietnam del Sur. El 11 de septiembre de 1973, en la noche, la operación Pinochet se desencadenaba en Chile. Y sabemos ahora, desde septiembre de 1974, qué tipo de papel desempeñaron en todo ello la CIA y William Colby”.

“Vietnam-Chile. Son dos polos del espacio que explora, con una vehemencia admirable y una violenta sobriedad, el libro de Chomsky: “Baños de Sangre” (*Blood-baths in fact and propaganda*), (libro cuya impresión y circulación fueron prohibidas en los Estados Unidos, y ésta es su mejor recomendación). La razón es evidente, —sigue diciendo Faye— este libro desmonta, con rigor breve e implacable, la inmensa maquinaria mundial de represión en la que se ha convertido la ideología imperial de la democracia norteamericana en los últimos quince años.”**

Otro botón de muestra de la felona y criminal barbarie nazi-fascista norteamericana, ahora sobre el mártir pueblo chileno: “Las armas secretas de la junta chilena: el atentado a la integridad psíquica. Los policías científicos de la Junta Militar Chilena intentan una parálisis general progresiva de la mente de sus prisioneros”, artículo periodístico publicado por Valentín Diego Ferrat en *Diorama de Excélsior* del domingo 29 de junio de 1975. Entrásaco algunos párrafos de este interesante documento.

* *Los Crímenes U.S.A. en Vietnam*.—Editorial Paz y Socialismo. Praga. 1967. Pág. 31.

** *Estados Unidos, el Carnicero de Vietnam*, por Jean Pierre Faye. En el *Excélsior*, sección C del 6 de abril de 1975.

"Como contrapartida de la ciencia, los servicios "profesionales" de la DINA-CIA (Dirección Nacional de Inteligencia, chilena, asesorada y supervisada por la Agencia Central de Inteligencia, norteamericana) inoculan hexametonio a los prisioneros en posición de pié, variando totalmente el efecto del fármaco produciendo una aguda hipotensión postural que generalmente finaliza en colapso. Administrado en altas dosis produce parálisis y muerte por paro respiratorio. En dosis menores, pero en forma permanente, además de la hipotensión crea midriasis e impotencia, con todas las consecuencias psicológicas que se asocian a ésta última".

"Dr. Bautista Van Schowen: miembro de la Comisión Política del Movimiento de Izquierda Revolucionaria de Chile (MIR). Sometido a encierro —aislamiento total— régimen de hambre —una ración por día o una ración de agua en 72 horas— fuertes golpes en casi todas las partes del cuerpo (hematomas internos y fracturas), aplicación de electricidad en boca, pene, pies y fosas nasales, simulacros de fusilamiento, parálisis parciales en las extremidades. Este médico chileno es uno de los prisioneros con quien más se ha ensañado la sangrienta dictadura pinochetiana, por sus valerosas respuestas, aun en estado inconsciente, que no permiten a la DINA-CIA lograr ningún resultado con sus prolongados e intensos interrogatorios. Es por eso que probablemente se hayan decidido a utilizarlo como "sujeto experimental", para observar sus reacciones frente a distintas drogas, ensayos que la ciencia sólo efectúa en animales". "Van Schowen lógicamente ha adquirido una personalidad sujeta a estímulos previos, debido a las torturas mencionadas. Se le inyecta LSD en altas dosis y en forma reiterada, tratando de llegar a un cuadro de esquizofrenia paranoide de origen experimental, que aún no han logrado. Luego se le administran ANFETAMINAS en cantidades elevadas con el objeto de medir los cuadros de EUFORIA, DEPRESION, DETERIORO GENERAL ORGANICO y evaluar la resistencia a la psicosis tóxica. Otro de los experimentos hechos en el dirigente mirista es la administración de CICLOPROPANO, cuyas potentes propiedades anestésicas en dosis descontroladas hacen peligrar seriamente la vida del médico chileno ante la posibilidad de que se produzca un paro respiratorio. Junto a ese anestésico se le propina RESERPINA para tratar de disminuir las defensas del Yo. Una de las consecuencias de este "tratamiento" puede derivar en alteración orgánica cerebral. La información indica que su estado es de INVA-

LIDEZ PROGRESIVA. Urge por tanto su liberación y tratamiento clínico inmediato”.

“Lumi Videla Moya, miembro del Comité Central del Movimiento de Izquierda Revolucionaria de Chile (MIR) fué la primera víctima de la dictadura a la que se le administraron drogas con fines de tortura. Recibió en dos oportunidades altas dosis de Dietiles-trilbestrol, poderosa hormona sexual femenina sintética y posteriormente se le aplicó CICLOPROPANO con la intención de producirle un paro respiratorio. Ante el fracaso circunstancial de este método, sus torturadores se ensañaron con la militante popular provocándole la muerte por estrangulamiento.”

“José Tohá, vice-presidente de la República de Chile, ministro del Interior y de Defensa, dirigente del Partido Socialista Chileno, asesinado. Luego de recibir fuertes golpes y electricidad en distintas partes del cuerpo, se le administraron ANFETAMINAS, a pesar de su extrema debilidad. Más tarde se le sometió a varias sesiones de electro-shock de elevado voltaje. Este “tratamiento”, sumado a su situación de agotamiento general le provocaron un paro cardíaco. La DINA-CIA informó que se había suicidado”.

Es evidente que, mientras no se haya perdido completamente la sensibilidad ética, estos crímenes del imperialismo norteamericano tendrán que seguirse viendo como verdaderas y auténticas monstruosidades de nuestra civilización. Si el derecho y la administración de la justicia han de permanecer al margen de estos crímenes monstruosos más nos valiera regresar a la edad de piedra. Si los Nixones, los McNamaras, los Kissingers, los Colbys, los Greenes, los Freis, los Pinochetes no han de acabar sus sórdidas existencias en un bello y alto patíbulo como se lo merecen será porque el derecho ha quedado reducido a una linda retórica y los que lo profesan y creen en él, reducidos a la triste condición de sacerdotisas de un culto en desuso. “La parte agraviada en esta ocasión es la civilización entera. La civilización pregunta si la ley está a tal grado rezagada como para encontrarse tan absolutamente impotente para tratar crímenes de la magnitud de los de Alemania. La civilización espera de este tribunal que canalice las fuerzas de la ley internacional, sus preceptos y

sanciones del lado de la paz", tal dijo Robert. H. Jackson, juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos en su calidad de fiscal norteamericano ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el discurso que pronunció con motivo de la apertura de labores de dicho tribunal. Estos mismos conceptos cobran actualidad con motivo de los monstruosos crímenes cometidos por los dirigentes norteamericanos en Vietnam y en Chile; por tanto debemos aplicárselos ahora a Norteamérica, a los Estados Unidos; y si ellos, los norteamericanos, con su avasallador poderío se opusieran a ello, deberemos pensar que son tan farsantes, tan demagogos y "pobres diablos" como lo fueron en su tiempo sus esbirros: los Somozas, los Trujillos, y ahora los Pinochetes.

CAPÍTULO PRIMERO

ALGUNAS CONSIDERACIONES FILOSÓFICAS

- 1.—DISTINCIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO.
- 2.—EL DELITO. NOCIONES FILOSÓFICAS.
- 3.—POSIBLES RELACIONES ENTRE EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y EL ORDEN INTERNO.—MONISMO Y DUALISMO.—PRIMACÍA DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.

1.—DISTINCIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO.—El artículo 227 del Tratado de Paz de Versalles estipulaba que el ex-emperador Guillermo II de Alemania debería ser llevado ante un tribunal penal internacional para ser juzgado “por la suprema ofensa contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”. Al hablar de suprema ofensa contra la moral internacional los signatarios del citado instrumento aludían en primer lugar, al decir de Kelsen, a la obligación contraída por Alemania de respetar la neutralidad de Bélgica y Luxemburgo.¹ Hay que pasar por alto, de momento, la interesante observación del ilustre jefe de la Escuela de Viena, de que la invocada disposición del Tratado de Versalles convierte las normas de moral internacional en verdaderas normas jurídicas tan sólo adicionándoles una sanción penal a los preceptos morales. Existen innumerables instrumentos que hablan de la moral internacional. En el preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos se dice:

¹ HANS KELSEN.—*Principios de derecho internacional público*. Traducción de Hugo Caminos. y Ernesto C. Hermida Editorial Ateneo, Buenos Aires, 1965 p. 114.

“compenetrados de que la organización jurídica es condición necesaria para la seguridad y la paz, fundadas en el orden moral y en la justicia...”.

Charles Rousseau, en la Introducción a su Derecho Internacional Público, establece: “El derecho internacional debe, asimismo distinguirse de la moral internacional, pues al igual que sucede en el orden interno, existen entre ambos, dos esenciales diferencias en cuanto al objeto, puesto que el derecho ha de tomar en consideración, además de los factores de orden moral, ciertos elementos de carácter político, económico, etcétera que la moral ignora y debe ignorar y en cuanto a la efectividad, (puesto que) el derecho lleva consigo la elaboración de un mecanismo coercitivo, susceptible de asegurar coactivamente, cuando llegue el caso, la observancia de las prescripciones emanadas de los órganos sociales competentes”.²

Dada la frecuencia con que el derecho internacional público alude a la ética y teniendo en cuenta que el derecho internacional penal constituye una especie del género derecho penal, el cual ha sido reputado por algunos como garantía de acatamiento social de un mínimo de moralidad que haga posible la convivencia social, es pertinente hacer algunas consideraciones acerca de las posibles relaciones entre moral y derecho.³

Moral y derecho son medios reguladores de la conducta humana. Diversos criterios de distinción han sido elaborados por la doctrina para diferenciar ambas disciplinas normativas. Un primer criterio, tal vez el más sólido, atribuye a las normas morales la característica de su unilateralidad en tanto que distingue a las jurídicas por su bilateralidad. “La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes. Las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes

² CHARLES ROUSSEAU.—*Derecho internacional público*. Traducción de Fernando Giménez Arigues. Ediciones Ariel, Barcelona, 1961. p. 2.

³ Para “determinar qué es delito, dice Garófalo, es preciso indagar los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas. Hecha la indagación, el delito está constituido por la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”. EUGENIO CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*, 1er. tomo, Parte General. Bosch, casa editorial. Barcelona, 1940. p. 239.

correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones".⁴ Frente a la persona obligada por el derecho se encuentran siempre una o varias personas facultadas para exigirle a aquélla el cumplimiento de su obligación. No se concibe en cambio el *Derecho Subjetivo* de exigir el acatamiento de un deber moral a quien haya omitido su espontáneo cumplimiento. Como galanamente dice el maestro García Máynez: "el pordiosero puede implorar una limosna *por el amor de Dios*, mas no puede exigirnosla. La máxima que ordena socorrer al menesteroso no da a éste derechos contra nadie".

Un segundo criterio de distinción entre moral y derecho constituiría la oposición entre la interioridad de la primera y la exterioridad del segundo. En efecto, dicese que, a diferencia de la ética, la cual exige ante todo pureza en las intenciones, el derecho se contenta con obtener la ejecución externa de lo prescrito por la norma jurídica sin tomar en cuenta el aspecto subjetivo de la conducta humana. Debe reconocerse con el maestro García Máynez que es este el criterio diferenciador más deleznable.⁵ En efecto, ni la moral solamente se preocupa por la rectitud de propósitos del obligado, ni el derecho toma únicamente en cuenta el aspecto exterior de la conducta jurídica. "Si bien el derecho observa una cierta laxitud en cuanto a las motivaciones, esto no significa que deje de considerar en absoluto el elemento psíquico. No sería posible una valoración jurídica de acto alguno sin desembocar en cierto modo en los motivos. Lo cierto es tan sólo que la moral parte de la consideración del motivo para llegar pues al aspecto físico o externo, mientras que el derecho sigue un procedimiento inverso: pero tanto en un caso como en otro se trata sólo de precedencia o preponderancia en la consideración, no de exclusividad".⁶

⁴ EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ.—*Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 14a. edición, México, 1967, p. 15.

⁵ "El anterior criterio no es absoluto, pues la moral no sólo se preocupa por el fuero interno del sujeto, ni el derecho considera únicamente la exterioridad de las actitudes. Aquella demanda así mismo, que obremos con rectitud y hagamos cristalizar en actos nuestros propósitos; y éste no busca de manera exclusiva la mera adecuación exterior, la simple legalidad, sino que atiende también a los resortes de la conducta". E. García Máynez, *Op. Cit.* p. 20.

⁶ GIORGIO DEL VECCHIO.—*Filosofía del derecho*. Traducción de L. Recaséns Siches, 2a. edición, Tomo I, p. 211.

Parece que este criterio diferenciador reconoce su más remoto antecedente en una de las doctrinas morales de Kant. A la moral pragmática que evalúa el mérito de la conducta humana en función de sus resultados objetivos opone Kant la ética de las intenciones, para la cual el elemento decisivo lo constituyen los móviles recónditos de dicha conducta, la rectitud de sus propósitos. Esta tesis kantiana ha sido trasplantada al terreno de la delimitación entre moral y derecho, dando origen al criterio diferenciador acabado de enunciar. Este criterio no es el más adecuado porque, como sostiene Radbruch "No hay ningún dominio de acciones externas e internas que no puedan someterse a valoración tanto jurídica como moral. Lo que al principio parecía como una distinción entre moral y derecho, puede mantenerse como una distinción en la dirección de sus intereses: la conducta externa interesa sólo a la moral en cuanto es testimonio de una conducta íntima; la conducta interna emerge sólo en el círculo del derecho en cuanto de ella cabe esperar una acción externa".⁷

Un tercer criterio de distinción entre moral y derecho se hace consistir en la coercibilidad que, como nota distintiva se le atribuye a la norma jurídica mientras, se dice, los deberes morales son incoercibles, esto es, el cumplimiento de estos últimos ha de obtenerse de manera espontánea. Por norma coercible, generalmente se entiende la posibilidad de que el mandamiento en cuestión sea actuado en forma no espontánea e incluso contra la voluntad del obligado.⁸ En definitiva el concepto de coercibilidad gira en torno al grado de espontaneidad con que se acate un precepto normativo. Según el maestro García Máynez dicho concepto no entraña la existencia de una sanción; las normas morales poseen sus propias sanciones, aunque de índole diversa, como el remordimiento de conciencia, la penitencia religiosa que equivale a la expiación de la ofensa inferida a la divinidad, etcétera. El maestro García Máynez advierte que al afirmar que el derecho

⁷ GUSTAVO RADBRUCH.—*Filosofía del derecho*. Traducción de José Medina Echavarría. Madrid, 1933. p. 54.

⁸ E. GARCÍA MÁYNEZ. *Op. cit.* p. 22.

es coercible no prejuzga acerca del debatido problema de si la sanción es o no de la esencia de la norma jurídica.

Cathrein, Thon y Jellinek abundan en esta postura. El sacerdote jesuita alemán Víctor Cathrein opina que, "no entra la coacción en la definición del derecho, ni es algo esencial en él, no es un elemento constitutivo sino, a lo más, una propiedad concomitante en conexión con la naturaleza y misión del derecho".⁹ Jellinek sostiene que la identificación de norma jurídica y norma coactiva es una inexactitud que ha sido puesta en evidencia muchas veces en la literatura reciente. Thon por su parte declara: "La coacción no es una nota esencial en el concepto del derecho".

Un cuarto criterio diferenciador entre moral y derecho, descansa en la célebre distinción kantiana —hábilmente refutada por Nicolai Hartmann—¹⁰ entre voluntad autónoma y voluntad heterónoma. Se estima que los preceptos morales son autónomos por su fuente de origen que es la voluntad de quien debe cumplirlos, en tanto que las normas de derecho son por lo contrario heterónomas ya que su fuente original no es el albedrío de sus destinatarios sino la voluntad del legislador. "Los intereses de la moral y el derecho siguen diversas direcciones", como lo expresa muy bien el mismo Radbruch. La primera se interesa por la vida interior de las personas, y por sus actos exteriores sólo en tanto que revelan la bondad o maldad de una intención; el segundo se interesa esencialmente por los actos externos, y después por los de carácter íntimo, pero sólo en cuanto tienen trascendencia para la colectividad. Al jurista preocupale ante todo el aspecto objetivo de la conducta: el moralista interésase en primer término por el aspecto subjetivo de la misma. Aquel toma en cuenta la sig-

⁹ VÍCTOR CATHREIN, S. J.—*Filosofía del derecho: El derecho natural y el positivo*. Traduc. de la 2a. edición alemana por Alberto Jardón y César Barja. Madrid, 1940, p. 82.

¹⁰ Dice HARTMANN que el principio de autonomía de la voluntad resulta considerablemente restringido, ya que sólo será posible elegir aquellas máximas que valgan objetivamente para todo ser racional. Ello significa que la universalidad de las normas morales no tiene su origen en la voluntad del obligado, sino que se le imponen a éste, abstracción hecha de lo que en cada caso concreto pueda él querer. Resulta entonces que tales normas aparecen ante el albedrío humano como una instancia heterónoma y por consecuencia como negación del principio de autonomía de la voluntad que exige el propio Kant como requisito indispensable para reputar éticamente valiosa una conducta. E. García Máynez. *Ética*. Porrúa, S.A. México, 1963 p. 191.

nificación social de las acciones de los súbditos; éste examina la pureza de los propósitos y la rectitud de la voluntad. El derecho pretende la realización de valores sociales, mientras la ética persigue la de valores individuales. La filosofía moderna da a éstos últimos el nombre de *Valores de la personalidad* en tanto que llama a los primeros por el nombre de *valores transpersonales*".¹¹

Es de sostenerse que la distinción entre moral y derecho es la siguiente. Ambas disciplinas constituyen especies de un mismo género: las disciplinas normativas, a cuyo género podrían pertenecer asimismo la moral religiosa y las reglas del trato social, como las llama el doctor Luis Recaséns Siches. Las especies en que se divide este género se diferencian entre sí por criterios formales y materiales de distinción. Los criterios formales que sirven para diferenciar moral y derecho, ya fueron descritos y sucintamente son los siguientes:

- a) Unilateralidad—bilateralidad.
- b) Interioridad—exterioridad.
- c) Incoercibilidad—coercibilidad.
- d) Autonomía—heteronomía.

Son criterios formales de distinción porque no se refieren al contenido material de sus normas, es decir, no aluden a sus elementos de validez o, para decirlo explícitamente, no versan sobre los valores que sus normas protegen. Distinta posición es la que se adopta cuando la pauta diferenciadora alude precisamente a esos valores. Así, la moral religiosa se diferencia materialmente de la no religiosa en que el contenido de aquella se explica siempre en función de la divinidad; las reglas del trato social, *verbi gratia*, protegen cierta clase de los llamados valores de la personalidad. El contenido de las reglas del trato social podría describirse, indirectamente, en la siguiente forma: la vida social exige un mínimo de concordancia entre nuestra previsión y nuestros actos de la vida cotidiana; ahí donde nuestra previsión falla o nuestro espíritu se adormece, puede surgir el ridículo. Ahora bien, la sanción que la sociedad depara al ridículo es la risa. Las reglas del trato social procuran imprimirle a la vida de sociedad

¹¹ E. GARCÍA MÁYNEZ.—*Ensayos filosófico-jurídicos*. Edición de la Universidad Veracruzana. Jalapa, 1959. p. 64.

cierto matiz estético, un toque de discreta belleza incompatible con la rigidez corporal, espiritual o del carácter; la sociedad quisiera que sus miembros, a quienes ella considera como un espectáculo para sus semejantes, tuviesen la mayor elasticidad y la más alta sociabilidad posible.¹²

Ahora bien, es de considerarse que moral y derecho coinciden en multitud de ocasiones en la protección de los mismos e idénticos valores; y si bien es cierto que el más relevante criterio formal diferenciador es el que alude a la unilateralidad de la ética y a la bilateralidad del derecho, no es menos cierto que el contenido material de ambas disciplinas normativas puede brindar un nuevo criterio de distinción, sólo que de carácter material: el derecho protege, en efecto, muchos de los valores que la ética cuida; mas al hacerlo, la norma jurídica agrega a los valores éticos nuevas preocupaciones, un contenido axiológico adicional: la equidad en las proporciones, la seguridad jurídica a fin de hacer estables las relaciones de derecho y evitar así el caos; finalmente, el bien de la comunidad. La equidad en las proporciones que la norma jurídica agrega a la norma moral, como un contenido axiológico adicional, se explica en virtud de la bilateralidad de la norma jurídica, toda vez que en la norma de derecho siempre coexisten, configurando una ecuación jurídica por así decirlo, el obligado o deudor frente al derecho-habiente, acreedor o pretensor.

El precepto moral podrá exigirnos ser leales en un caso dado, mas como frente a la exigencia ética no puede haber ningún pretensor que nos reclame su actamiento, no existirá por consecuencia la necesidad de agregar ningún contenido axiológico adicional. En cambio, si la norma jurídica nos exige ser leales con el patrono en nuestra calidad de obreros de una factoría, habrá ineludiblemente un pretensor o derecho-habiente que esté facultado legalmente para exigirnos el cumplimiento de esa obligación de lealtad; mas no podría exigirnos una lealtad sin límites, sino una lealtad proporcionada a los intereses que se hayan confiado a nuestro cuidado, a la dignidad profesional que se nos hubiese conferido, etcétera. Así moral y derecho, en el ejemplo ofrecido, coinciden en proteger y garantizar el valor lealtad; mas como en la estructura lógica de toda relación jurídica

¹² ENRIQUE BERGSON.—*La risa*. Ensayo sobre la significación de lo cómico. Editorial Prometeo. Valencia, España.

intervienen, a semejanza de las ecuaciones algebraicas, dos términos, el precepto de derecho deberá estar adicionado con un contenido axiológico extra a fin de garantizar la proporcionalidad de la relación jurídica en cuestión, vale decir, su equidad; asimismo deberá garantizarse la estabilidad de la relación jurídica, esto es, su seguridad. Finalmente, para garantizar la armonía total de las relaciones jurídicas, se procurará el bien de todos, vale decir, el bien común.

Hablando de la diferencia material que media entre moral y derecho, el maestro García Máynez ha dicho: "Lo que distingue a los valores jurídicos de los valores éticos es precisamente el hecho de que los primeros sirven de fundamento a los deberes de los hombres frente a los otros hombres, en tanto que los segundos sirven de base a sus deberes para consigo mismo", que en definitiva no es más que otra manera de expresar el ya descrito criterio formal diferenciador unilateralidad-bilateralidad.¹³

Francesco Carnelutti abona nuestra opinión en el sentido de que moral y derecho coinciden en multitud de ocasiones protegiendo los mismos valores, y al respecto dice: "el derecho se define como ética impuesta y reforzada artificialmente; esta imposición opera sobre todo a través de la sanción. O sea que el ordenamiento jurídico es el orden ético sancionado. La conjunción del precepto y de la sanción constituyen la ley jurídica".¹⁴

Otra confirmación de que moral y derecho coinciden en multitud de ocasiones en la protección de los mismos valores la hallamos en los que Kant llamó *Deberes Morales Indirectos*, es decir, los deberes jurídicos que son acatados por simple respeto a la exigencia normativa; en tales casos el destinatario de la norma no sólo acata el precepto jurídico sino que cumple además con la ley moral de manera tal que observa aquellos deberes impulsado por resortes morales.

¹³ EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ.—*La definición del derecho*, Universidad Veracruzana, Jalapa, 1960. p. 279.

¹⁴ FRANCESCO CARNELUTTI.—*Metodología del derecho*. Traducción de Angel Osorio, UTEHA, México, 1940. Citado por Esther Díaz Arciniega en *La coercitividad jurídica*, Editorial Porrúa, México, 1964. p. 65.

2.—EL DELITO. NOCIONES FILOSÓFICAS.—Por otra parte, urge acudir con espíritu crítico al rescate del originario sentido de la noción de delito, tan adulterado hoy por hoy, por innumerables convidados de piedra, figuras delictivas que han sido agregadas, caprichosamente, al catálogo de la criminalidad por decisión de los legisladores y en interés de muy bastardos intereses, como la seguridad, garantía y solvencia de los títulos de crédito o la salvaguardia de los intereses fiscales amenazados por la defraudación impositiva, etcétera, cuyas arbitrarias figuras delictivas, por su exuberancia impiden ver al delito genuino, como el bosque al árbol. Si, como quiere Garófalo, para determinar qué es el delito precisa indagar los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas, porque “el delito está constituido por la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”,¹⁵ tiene que concluirse que el derecho penal puede entenderse como garantía de acatamiento de un mínimo de moralidad que haga posible la convivencia social civilizada, que es tanto como decir que el derecho penal tiene un genuino *substratum* moral, mas no ya en sentido individualista, sino como expresión de una moral social, vale decir, de un mínimo de moralidad exigible mediante la coacción de la pena cuando el obligado haya sido negligente u omiso en el acatamiento de la norma ética consagrada como socialmente obligatoria. No se trata ya de la ética en sentido estricto, donde la conducta humana, para traducir un auténtico impulso moral debe, respirando el aire de la libertad, ser espontánea y extraña a la intimidación y a la coacción de una voluntad heterónoma; se trata ahora de una ética impuesta por la voluntad del Estado, se trata de una moral debilitada o si se quiere degenerada por ausencia de espontaneidad y libertad, se trata de una moral que solamente tiene de auténtica los valores cuya realización persigue, pero que carece de la pureza del impulso y de la espontaneidad de las motivaciones; es como un organismo que conserva su esqueleto pero que, falto de fuerza muscular, precisara de aparatos ortopédicos para mover sus miembros.

¹⁵ EUGENIO CUELLO CALÓN.—*Derecho penal* 1er. tomo. Parte general. Bocsh, casa editorial. Barcelona, 1940. p. 239

Se le reprochó a Garófalo en su época, lo arbitrario del concepto material que dio del delito y su inutilidad para el derecho penal (Alimena), porque solamente proporcionaría, se dijo, la explicación de la criminalidad de una parte mínima de los delitos contenidos en el Código Penal; se dijo además que su concepción del delito es falsa ante la historia y la psicología, "pues sólo para hoy podría servirnos, si fuese cierto que muchos sentimientos actuales no lo serán del porvenir". Vaccaro dijo sobre el particular: "muchos de los sentimientos cuya violación no constituye delito, según Garófalo, como los delitos contra el pudor, etcétera, tienen una raíz tan profunda en el corazón humano y una importancia social tan considerable como los sentimientos de piedad y probidad".¹⁰

El concepto que proporcionó Garófalo del delito es, a no dudar, restringido, por cuanto se refiere únicamente a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad. Sin embargo, cábele el mérito de haber proporcionado un concepto material y no formal. En efecto, magros serían los avances que podrían obtenerse en el terreno teórico-especulativo con tan pobre noción formal del delito; a nada nos conduce saber que aquel lo constituye una acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena. El mérito de la noción proporcionada por Garófalo consiste precisamente en haberle dado un contenido material; y si bien es cierto que lo delictivo no se circunscribe a la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida en que son poseídos por una comunidad para la adaptación del individuo a la sociedad, también es cierto que con esta definición se dio en el meollo de la cuestión, se señaló la pauta a seguir, porque con ello hizo Garófalo, sin tal vez proponérselo, hincapié en que el *sustratum* del delito es de carácter moral fundamentalmente.

Otros autores pugnan porque la verdadera noción del delito la dé, *magister dixit*, la ley mediante la amenaza de la pena. Lo que realmente caracteriza al delito es su sanción penal. La ley es el supremo definidor de la criminalidad; la norma jurídica penal monopoliza así la facultad de decidir qué es lo malo y qué es lo bueno socialmente hablando; qué lo

¹⁰ VACCARO.—*Genesi e funzione delle leggi penali*. Turín, 1908. pp. 149 y siguientes. Citado por Cuello Calón. *Op. cit.* p. 239.

moral social y qué lo inmoral social. Sin ley que lo sancione no hay delito, por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una conducta. Mientras su ejecución no haya sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, dicha conducta no constituirá delito. De ahí que el delito pueda definirse formalmente como una acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena. Y en tal sentido, como dicen Dorado Montero y Vaccaro, todos los delitos son artificiales; la idea y noción del delito vienen de la ley, de manera que suprimidas aquellas queda sin sentido éste.¹⁷

Este criterio ha sido aceptado por eminentes criminalistas que, aun discordando en aspectos secundarios, están de acuerdo en que el carácter predominante del delito es la prohibición de una conducta bajo la amenaza de una pena. Es la vieja distinción entre delitos naturales y criminalidad artificial que traduce una más antigua distinción entre delitos malos en sí, intrínsecamente inmorales (*delicta mala in se*), y delitos desprovistos de inmoralidad intrínseca, actos reputados como delitos únicamente por estar consignados en el código penal (*delicta mala quia prohibita*).

No se pretende que solamente deban ser considerados como delitos aquellos hechos que entrañen una violación ética que es justamente a lo que se ha opuesto entre nosotros el maestro Antonio Carrillo Flores, apoyado en Stammler. Lo que se pretende es que, para fundamentar el derecho internacional penal se hace necesario hacer hincapié en que el *sustratum* del delito es, fundamentalmente, de índole moral, sin perder de vista que el derecho en general, y en particular el penal, ha de tomar en consideración, además de factores de orden moral, ciertos elementos de carácter político, económico, etcétera, que la moral ignora. Pues como dice Manzini, el derecho penal contiene el *minimum* del *minimum* ético, o sea que constituye la más reducida exigencia de conducta social que puede imponerse a todos los individuos que integran una colectividad. El maestro González de la Vega está de acuerdo en que el delito tiene un *sustratum* ético fundamentalmente cuando dice que, "no toda moral debe estar

¹⁷ CUELLO CALÓN. *Op. cit.* p. 240.

amparada por el derecho penal; pero sí todo el derecho penal debe estar amparado por la moral".^{17 b1*}

Dicho en otras palabras, mientras que para fundamentar el derecho penal particular de cada Estado pueden tomarse en consideración, además de factores de orden moral, ciertos elementos de carácter político, económico, religioso, etcétera, en tratándose de la fundamentación del derecho internacional penal deberá ser el factor moral, el factor principal para tipificar los delitos del derecho internacional penal.

Si se le quiere restituir a la sanción penal su carácter intimidatorio, será preciso que el Estado no prolifere abusivamente dicha sanción para cualesquier casos en que sean necesarios instrumentos coercitivos como medio de acatamiento de sus normas jurídicas. El Estado debe echar mano de los medios específicos de coacción inherentes a la naturaleza de cada una de sus ramas. Así, si el derecho administrativo dispone de excelentes medios de coacción, debe recurrir a ellos y no a las sanciones penales, salvo en casos extremos aconsejados por el interés público. No existe en opinión del autor de este trabajo, razón válida suficiente, por ejemplo, para sancionar con la pena del fraude la expedición de un cheque sin fondos, ni siquiera con la pretendida justificación de que el poder público, el Estado, debe velar por la seguridad, firmeza y confiabilidad de los títulos de crédito, en existiendo eficacísimos medios modernos de control de esta clase de operaciones como la cancelación de la cuenta corriente del cuenta-habiente, etcétera.

Naturalmente que el Estado puede abusar de la sanción penal por ser el supremo definidor del derecho; lo que el Estado no puede, es modificar a voluntad las consecuencias sociológicas de semejante abuso. Si el derecho abusa de la sanción penal la consecuencia inevitable será el debilitamiento del poder intimidatorio de este tipo de sanción en detrimento de todo el sistema jurídico punitivo.

¹⁷ BIS. RAÚL CARRANCA TRUJILLO.—*Derecho penal mexicano*. Parte general. Tomo I. Edit. Porrúa. México, 1974. pp. 20 y 21.

Es difícil imaginar que el Estado pretenda inventar o improvisar nuevas operaciones mercantiles e incluirlas en el Código de Comercio, porque las costumbres y los usos mercantiles no los inventa el Estado sino que los establece, con el transcurso del tiempo, la práctica misma del comercio. Como también difícil es imaginar nuevas instituciones de derecho laboral introducidas arbitrariamente por el Estado, a no ser que lo haga con espíritu de previsión social y por equidad, en beneficio de la parte más débil de la relación obrero-patronal, por tratarse de un derecho eminentemente proteccionista. En cuyo caso no se puede hablar de arbitrariedad. En cambio vemos que, con demasiada frecuencia, se permite el Estado excesivas liberalidades en terrenos del derecho penal al introducir nuevas figuras delictivas, muchas de las cuales no se justifican por carácter, evidentemente, de un *substratum* ético.

Lo que se lleva dicho es particularmente aplicable a los delitos de asonada, sedición, insurrección y disolución social, por cuanto son síntomas de un malestar profundo en el organismo social. En tales casos parece inútil echar mano de la represión penal, porque se trata de un mal tan extendido entre los diversos sectores sociales que, en primer lugar, su corrección por medio de la represión penal sería injusta, y en segundo lugar, ineficaz.

En algunas partes de la América Latina los movimientos insurreccionales son tan graves que han dado lugar a verdaderas crisis de violencia a fin de hacerles frente (en Argentina, en Uruguay, en Guatemala, en Bolivia, etcétera). Violencia que podría atenuarse transportando, como sugiere Maurice Duverger, las leyes de la guerra extranjera al terreno de los conflictos internos, especialmente en lo que concierne al trato de los prisioneros. Algo de eso han hecho algunos de los países europeos como Francia, asimilando a su derecho penal algunas disposiciones de la Convención de Ginebra de 1949 que actualmente son aplicables a la guerra civil (artículos 3 y 4). Porque como el propio autor galo acabado de citar sostiene, "de hecho pocas naciones osan aplicar a los guerrilleros integralmente una represión penal cuando son lo suficientemente numerosos para llamar la atención. Tales naciones practican un compromiso bastardo en-

tre su derecho criminal y el derecho de guerra. Sería deseable que los juristas y las instituciones internacionales acelerasen la evolución que tiende a hacer predominar el segundo sobre el primero".¹⁸

En relación con este tema, el maestro García Máynez ha dicho con elegancia suprema: "la paz auténtica no es hija de la fuerza, sino fruto de la adhesión sincera a un régimen que se estima justo. ¡Menguada seguridad la de un organismo que no tuviese más títulos de justificación que la amenaza del castigo o la fuerza de las armas!" "Quienes piensan que la seguridad jurídica vale por sí, lo hacen llevados de su horror a la anarquía. Pero el hecho de que una situación de orden sea preferible a un estado caótico, sólo demuestra que el orden violentamente impuesto es un mal menor que la ausencia de la ley. Lo dicho no debe interpretarse como apología de la resistencia activa o pasiva, de la insurrección o del golpe de Estado, sino como análisis de lo que realmente acontece cuando las leyes que el poder ha impuesto a los miembros de una sociedad son fuerza solamente y no justicia. Problema distinto es saber en qué casos se justifica el llamado derecho de resistencia o cuándo es justa una revolución".¹⁹

3.—POSIBLES RELACIONES ENTRE EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y EL ORDEN INTERNO.—MONISMO Y DUALISMO.—PRIMACÍA DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.—Ahora bien, si aceptamos que todo conocimiento implica una relación entre sujeto cognoscente y objeto conocido, tendremos que concluir que existe una radical oposición entre estas dos actitudes cognoscitivas: la objetivista y la subjetivista. Esta oposición se refleja en el derecho en cuanto que la cuestión de su fundamento ha dado lugar a dos posturas: la subjetivista (o voluntarista) y la objetivista. Conforme a la primera las reglas jurídicas son consideradas como producto de la voluntad humana y por consecuencia el fundamento del derecho interno

¹⁸ MAURICE DUVERGER.—*Derecho criminal y derecho de guerra. La Guerrilla ante el Sociólogo*. Publicado en la sección editorial de la primera parte del periódico "Excelsior" de la ciudad de México el día 28 de mayo de 1967.

¹⁹ E. GARCÍA MÁYNEZ.—*La definición del derecho*. Xalapa, 1960, p. 208.

descansa en el asentimiento de los ciudadanos, en tanto que el internacional público se funda en el asentimiento de los Estados (Vereinbarung).

La postura objetivista tiende a situar el origen del orden jurídico fuera del campo de la voluntad humana, ya sea por virtud de una norma fundamental de la que se hace derivar todo el orden jurídico positivo (Kelsen, Verdross), o ya sea que su fundamento se haga descansar en el hecho social, es decir, en una fuerza coactiva capaz de imponerse por sí misma a los individuos (G. Scelle, *Politis*).

Por lo demás, el problema de la fundamentación del derecho constituye un problema metajurídico que escapa a las investigaciones del jurista. Ello no obstante, según la posición que se adopte ante él, será por consecuencia, la que se tome en relación con el debatido problema de las posibles relaciones entre el orden jurídico nacional y el internacional, ya que la postura voluntarista desemboca necesariamente en el dualismo, en tanto que la concepción objetivista implica adhesión al monismo.

La postura dualista (Tripel, Anzilotti) considera al derecho interno y al internacional en pie de igualdad; según esta postura, ambos sistemas jurídicos son independientes y están separados, en forma tal que nunca se confunden porque el valor propio del derecho interno es independiente de su conformidad con el derecho internacional, además de que sus fuentes y sus sujetos son distintos en el orden interno y en el internacional, pero principalmente porque existe una profunda diferencia de estructura entre ambos órdenes jurídicos.

La concepción monista toma como punto de partida la unidad ideal de todas las normas jurídicas. Al contrario de lo que ocurre con la concepción dualista, en ésta no se habla de la existencia de dos órdenes jurídicos coordinados, sino de dos órdenes jurídicos en relación de subordinación, uno de los cuales, el orden jurídico internacional se considera supraordenado en tanto que el orden jurídico nacional se estima subordinado a aquél. La interpretación monista preconiza en esta forma la primacía del orden jurídico internacional. Y aun cuando esta concepción puede verse confirmada por las disposiciones constitucionales de algunos Estados que expresamente reconocen la supremacía del orden jurídico internacional, su efectividad real depende de las condiciones de organización de la

comunidad internacional. No porque se pretenda que con la primacía del orden jurídico internacional se supriman las disposiciones constitucionales de algunos Estados que lo contraríen, sino porque, y ésta es la conclusión más relevante para el objeto de este estudio, la única sanción que en la actualidad puede concebirse de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional es la afirmación de la responsabilidad internacional de cada Estado.²⁰

“La norma fundamental del derecho internacional —dice Kelsen— que por vía de consecuencia resulta ser también de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados”. “La circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales, no impide que aquel sea considerado fundamento de la validez de éstos últimos”.²¹

“En la medida en que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias, y no como conjunto de hechos naturales es necesario reunirlos en una construcción lógica coherente. En presencia de dos sistemas de normas a primera vista distintos el uno del otro, *puede considerarse como pertenecientes a un sistema único, cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación*. En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente a otro sistema, la cual desempeña así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de norma fundamental relativa. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de *un tercer sistema de normas*, superior a los dos primeros que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación”.²²

²⁰ CHARLES ROUSSEAU. *Op. cit.* p. 4.

²¹ HANS KELSEN.—*Teoría pura del derecho*. Traducción de Moisés Nilve. Eudeba, Buenos Aires, 1965. p. 200.

²² HANS KELSEN.—*Teoría pura del derecho*. pp. 205 y 206.

La postura dualista, ante la inocultable realidad del derecho internacional, y no pudiendo negarle su carácter normativo, desemboca en una construcción monista, diciendo que los Estados nacionales únicamente están obligados por el derecho internacional en tanto le hayan reconocido validez dentro de sus respectivas constituciones; así mismo los demás Estados nacionales existirán jurídicamente en tanto que hayan sido reconocidos por ellos. De este modo, dice Kelsen, “la *voluntad* del Estado que proceda a dicho reconocimiento del derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales sería el fundamento de validez del derecho internacional y por tanto dicho Estado se erigiría en la autoridad jurídica suprema”.²³ Aquí es donde se ve más claramente cómo una postura subjetivista tiene que desembocar en una concepción dualista del derecho. En efecto, si la validez del derecho internacional y de los restantes órdenes jurídicos nacionales se hace depender del punto de vista normativo del derecho interno de un Estado, que en la especie sería el sujeto cognoscente, habrá tantos puntos de vista nacionales cuantos Estados nacionales existan, de manera tal que coexistirán siempre, en pie de igualdad, el orden jurídico internacional y el orden jurídico nacional del Estado sujeto de la apreciación. Por ello dice Kelsen: “la validez del derecho internacional y de los órdenes jurídicos nacionales dependen de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido. Estamos pues en presencia de un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía de un derecho nacional que desempeña el papel de orden jurídico supremo”.²⁴ Así, el punto de vista subjetivo del sujeto cognoscente —Estado nacional— erige a éste en árbitro de la validez del orden jurídico total, en cuyo sistema la validez del derecho internacional queda supeditada a la voluntad del Estado nacional sujeto cognoscente. La consecuencia última de este punto de vista es la confirmación del Estado como entidad soberana. Como dice Kelsen, dicha cualidad no podría ser atribuida al Estado si no fuere tomado como base de la construcción, “puesto que en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado”.²⁵

²³ HANS KELSEN.—*Teoría pura del derecho*. p. 208.

²⁴ *Ibidem*. p. 209.

²⁵ *Ibidem*. p. 210.

Inversamente, según la teoría monista del primado del derecho internacional, la razón de la validez de este orden jurídico no depende de ningún orden jurídico nacional, sino al contrario, la validez de cualquier orden jurídico nacional tiene su fundamento en el derecho internacional. La tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él se funda en el derecho internacional positivo, el cual determina las condiciones que una comunidad social debe reunir para el efecto de ser reconocida como un nuevo Estado de la comunidad internacional. Y aún más, ese mismo derecho internacional positivo autoriza a cada uno de los Estados existentes a comprobar que los mencionados requisitos se han colmado para el efecto de que esa nueva comunidad social pueda ser elevada al rango de Estado. Ese acto es llamado por el derecho internacional, acto de reconocimiento, y tiene carácter constitutivo.

En efecto, el orden jurídico internacional vale en sí y por sí, independientemente de que su validez sea o no reconocida por los órdenes jurídicos nacionales. No existe ninguna norma de derecho internacional positivo que haga depender la validez del derecho de gentes del reconocimiento de los Estados nacionales, puesto que éstos quedan sometidos a sus normas aun en el caso de que no hayan reconocido su validez. El orden jurídico internacional no exige el reconocimiento de su validez de parte de los Estados nacionales, pues ella es independiente de tal reconocimiento. El derecho de gentes aparece así como un orden jurídico al cual los órdenes jurídicos nacionales están subordinados en tal forma que esos órdenes nacionales integran un sistema jurídico universal fundado en la primacía del derecho internacional.²⁰ Tal es, en síntesis, la postura monista del primado del derecho internacional que preconiza Kelsen.

El autor de este trabajo se adhiere a esta postura del primado del derecho internacional, no sin desconocer los puntos vulnerables de la misma, el principal de los cuales sea tal vez cierto divorcio entre ella y la realidad histórica internacional, la cual ha sido sacrificada en aras de un útil idealismo. En efecto, pensamos que cuadra mejor a la finalidad del establecimiento y la justificación de un tribunal internacional de justicia

²⁰ *Ibidem.*, pp. 212 y 213.

penal el punto de vista objetivista de la fundamentación del derecho; punto de vista que desemboca necesariamente en la concepción monista del primado del derecho internacional. Es de estimarse que la aparente antinomia entre la teoría monista y la dualista se reduce a la oposición entre estos dos puntos de vista: la objetivista y la subjetivista. Implica la primera una actitud originaria de la mente en la consecución de la verdad; en tanto que la segunda representa un tardío fruto de la reflexión del entendimiento sobre la ciencia. En la postura objetivista debemos ver una actitud simplista por cuanto piensa que conocer equivale, exclusivamente, a atender lo conocido; esa actitud simplista hace juzgar que la suprema directriz del conocimiento es el objeto de éste y no el sujeto cognoscente; en ella la atención hacia el objeto subordina el pensamiento al ser pensado, al ente aludido en la cogitación. Por lo contrario, la postura subjetivista presupone que la mente tiene una estructura propia, anterior o simultánea a la diversidad del mundo circundante, a cuya estructura propia se subordina *a fortiori* el objeto de su conocimiento. No es ya el entendimiento algo único frente a la diversidad del universo, sino que es un ente más, un objeto más, sujeto a su propio conocimiento. El sujeto predetermina lo objetivo. Y esta eterna oposición entre postura objetivista y postura subjetivista se refleja necesariamente en el derecho.

CAPÍTULO II

LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL

LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.—Dos actitudes fundamentales describe la doctrina frente al problema de la determinación de quiénes deben ser considerados como sujetos del derecho internacional público:

1.—La teoría clásica o positivista (Triepel, Anzilotti) que solamente reconoce la calidad de sujeto del derecho internacional público a los Estados. Niega, en términos generales que el individuo sea sujeto de derecho internacional público, pues estima que el derecho de gentes regula las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional y que sus normas trascienden al individuo sólo de manera indirecta a través del derecho interno.

2.—La escuela realista (Kelsen, Politis, Scelle), para la cual el Estado no es más que un procedimiento técnico para la gestión de los intereses colectivos, ya que, en definitiva, el derecho, sea el interno o el internacional, sólo puede dirigirse a individuos dotados de voluntad y conciencia, ya sea en su calidad de gobernantes o de gobernados, y por tanto, la comunidad internacional es una sociedad humana compuesta única y exclusivamente de individuos. Esta escuela, que atribuye al individuo la calidad de sujeto del derecho internacional de manera exclusiva, o sea que le quita ese carácter al Estado, se ha desarrollado en la época contempo-

ránca, pero reconoce su más remoto antecedente en las doctrinas jurídicas de León Duguit.^{27 28}

Se ha dicho que, tomándolas hasta sus últimas consecuencias, tanto una como otra posición resultan demasiado extremosas para hallar fácil concordancia con la realidad internacional. Se critica a la teoría clásica porque parece desconocer esa realidad, ya que el examen de la práctica internacional demuestra que junto a los Estados existen otras entidades jurídicas que sin tener carácter estatal son reguladas por el derecho internacional. De ciertos individuos puede decirse otro tanto cuando reúnen determinadas condiciones previstas por el derecho internacional, *verbi gratia*, las normas que prohíben la piratería, las reglas sobre el empleo de gases tóxicos y asfixiantes, la prohibición de la trata de blancas, la reglamentación de la producción y el tráfico de estupefacientes, etcétera.

Se estima que el extremo opuesto es asimismo exagerado. El individuo —se ha dicho— no puede ser el único sujeto del derecho internacional, pues aun admitiendo que él es el destinatario real de toda norma jurídica, y por consecuencia el verdadero sujeto del derecho de gentes, un examen realista de la práctica internacional demuestra que, actualmente y salvo excepciones que no destruyen el principio, el individuo no puede prevalecer directa e inmediatamente ante el orden jurídico internacional, cuyas normas sólo de manera mediata suelen aplicársele, es decir, por procedimientos internos, nacionales.

Ello no obstante, es evidente que, en la actualidad, tanto doctrinariamente como en la jurisprudencia, y aún en la práctica internacional, se

²⁷ CH. ROUSSEAU, *Op. cit.* p. 70.

²⁸ "Si el derecho internacional establece obligaciones, responsabilidades y derechos (y debe hacerlo así si es un orden jurídico), estas obligaciones, responsabilidades y derechos sólo pueden tener como contenido la conducta humana. Pues una obligación no sería jurídica si no fuese la obligación de un hombre de comportarse de una manera determinanda y una responsabilidad no sería jurídica si no consistiese en una sanción ejecutada por hombres y dirigida contra hombres. Análogamente, desde el punto de vista jurídico, un derecho no puede consistir, sino en un poder, una competencia o una capacidad que tenga que manifestarse mediante alguna acción humana. Si la obligación, la responsabilidad y el derecho no se refiriesen a la conducta de los hombres, sólo serían fórmulas vacías, palabras desprovistas de sentido". H. Kelsen, *Principios de derecho internacional público*. Edit. El Ateneo. Buenos Aires, 1965, p. 84.

nota una decidida tendencia a concederle al individuo la subjetividad de derecho internacional. Además de los juristas ya citados como partidarios de concederle al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional público, podrían invocarse los nombres de P. Fiore, J. Westlake, Verdross, Lapradelle, L. Duguit, Basdevant, N. Politis, A. Spiropoulos, A. G. Heffter, J. B. Alberdi, Seferiades, Bonfils, P. Fauchille, M. Siotto Pintor, César Díaz Cisneros, etcétera.²⁹ Philip C. Jessup, por ejemplo, ha propuesto en su libro *A Modern Law of Nations*, dos transformaciones fundamentales del derecho internacional; la creación de un derecho internacional criminal y hacer de los individuos sujetos del derecho internacional.³⁰

P. Fiore expresa sobre este particular "El Derecho Internacional no es sólo de los Estados; es el derecho del género humano. El hombre posee el requisito de la capacidad jurídica en una esfera jurídica independiente del derecho territorial. La individualidad corresponde al hombre no sólo como perteneciente a una agrupación política, como ciudadano de un Estado, sino también como hombre, independientemente de las relaciones territoriales".³¹

Bonfils, tratadista galo notablemente ampliado por Fauchille, en una de sus obras escritas antes de la guerra de 1914, consigna el siguiente pensamiento: "El hombre es una persona jurídica compleja porque no sólo es directamente miembro de la comunidad internacional y sujeto del Derecho Internacional Público, sino que es también sujeto del derecho interno del país al cual pertenece".³²

César Díaz Cisneros dice por su parte sobre este renglón: "El hombre es persona o sujeto de esta rama del derecho (internacional público) en primer lugar por una razón filosófica: porque el hombre es el sujeto esen-

²⁹ Citados por CÉSAR DÍAZ CISNEROS en su *Derecho internacional público*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1955. Tomo I. pp. 231 y siguientes.

³⁰ Citado por JOSEF L. KUNZ en su libro *Del derecho internacional clásico al derecho internacional nuevo*. Imprenta Universitaria, México, 1953. p. 73.

³¹ Citado por CÉSAR DÍAZ CISNEROS. Obra mencionada. 1. Tomo. p. 233.

³² Citado por CÉSAR DÍAZ CISNEROS. *Op. cit.* Tomo 1. p. 233.

cial de todo derecho.³³ El Estado no puede ser sino un medio para realizar los fines del hombre. Es éste el que ha creado al Estado a través de la evolución social, que arranca desde el clan, la gens, y el hombre que ha venido elaborando el Estado y deberá superarlo alguna vez y crear la gran organización que coordine los esfuerzos y el trabajo de todas las porciones de la humanidad, es necesariamente sujeto de todas las ramas del derecho y en consecuencia del Derecho Internacional Público. Pero aparte de esta razón filosófica, existe en la estructura de nuestra materia otro elemento para confirmar esta idea: el Derecho Público Internacional a pesar de que se ocupa preferentemente de relaciones entre Estados, es decir entre grandes cuerpos políticos, y aunque ante él prevalece esta clase de relaciones, no deja sin embargo de ocuparse de las relaciones que se forman por la voluntad y la acción individual o colectiva de los hombres”.³⁴

N. Politis, eminente autor de Derecho Internacional que fue miembro del Instituto de Altos Estudios Internacionales de París y presidió la Asamblea de la Liga de las Naciones, sostiene en su libro *Les Nouvelles Tendances du Droit International* que, tradicionalmente, el Derecho Internacional Público ha sido el derecho de las relaciones entre los Estados, pero que hoy esto ya no es admisible, porque esta rama del derecho tiene dos clases de reglas que demuestran la personalidad internacional del hombre; unas son “reglas objetivas” y otras “reglas constructivas”. Entre las reglas “constructivas” señala los recursos judiciales que se establecen a favor de los individuos ante tribunales internacionales. Entre los recursos que menciona Politis a favor de individuos enumera los siguientes; en primer lugar la conferencia de La Haya de 1907 había proyectado acordar al individuo recursos judiciales ante la Corte de Justicia de La Haya, pero el proyecto no se convirtió en convenio. En la Conferencia Naval de Londres, importante sólo como precedente para la doctrina, pues sus conclusiones no fueron ratificadas, se proyectó acordar recursos individuales ante la Corte Internacional de Presas Marítimas. La respectiva convención fue consagrada en la conferencia, pero no se ratificó. La Corte Inter-

³³ Conforme con H. Kelsen, *Principios de derecho internacional público*, p. 84.

³⁴ CÉSAR DÍAZ CISNEROS, *Op cit.* p. 235.

nacional de Justicia Centroamericana, sigue diciendo Politis, creada en 1907, también tenía atribuciones judiciales para conocer de ciertas cuestiones que le fueran sometidas por cualquier ciudadano de los países centroamericanos en litigio con alguno de sus gobiernos. Finalmente, cuando en 1920 se discutía el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el Comité de Jurisconsultos de La Haya, se proyectó un recurso individual ante la Corte. Dicho recurso, continúa diciendo Politis, tendría enorme importancia para todos los individuos a quienes el Derecho Internacional denomina *Heimathlosen* o *Apátridas*. Pero la idea de reconocerle a los individuos subjetividad de derecho internacional no prosperó en el Comité de Jurisconsultos de La Haya; hubo mayoría en contra.

En realidad, el verdadero motivo para desechar la idea de conferirle al individuo personalidad internacional no radicaba en ninguna razón doctrinaria, sino en el temor de recargar excesivamente de trabajo a la Corte Internacional de Justicia, con millares de reclamaciones individuales contra gobiernos propios y extranjeros.³⁵

George Scelle, se expresa sobre este asunto de la siguiente manera: "La Corte de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones tiende a reconocer a los individuos el derecho a participar activamente en el procedimiento de la instancia".³⁶ "En el orden jurídico estadual, o superestadual, sigue diciendo G. Scelle, no podemos comprobar la existencia real de ningún otro sujeto de derecho que el individuo; agente originario y necesario de las relaciones internacionales como simples particulares; o gobernantes o agentes públicos, en cuanto a reglamentación, control y protección de esas relaciones internacionales. Ellos son también individuos. Las pretendidas competencias o jurisdicciones del Estado, no son sino las de sus agentes o gobernantes, cuyos actos jurídicos afectan a los miembros de la colectividad". Aquí las teorías de Scelle ofrecen gran similitud con las de Kelsen: "Las normas del derecho internacional se aplican a los hombres. Es contra los hombres que ellas proveen sanciones; y es a los

³⁵ N. POLITIS.—*Les nouvelles tendances du droit international*. Paris, 1927, p. 55.

³⁶ G. SCELLE.—*Regles generales du droit de la paix*. 1933, Recueil Cours Academie de Droit International de La Haye, t. 46, p. 363.

hombres a quienes ellas confieren la competencia de crear las normas jurídicas". "Así, el derecho puede imponer obligaciones y responsabilidades o conferir derechos, únicamente a individuos humanos. Pero se dice que el derecho obliga y faculta no sólo a los individuos sino también a las personas jurídicas, y que en especial el derecho internacional al obligar y facultar a los Estados, no obliga y faculta a los individuos sino a las personas jurídicas. Esta es la teoría tradicional; sólo los Estados en tanto que personas jurídicas, son sujetos de derecho internacional; o en otros términos, el derecho internacional impondría obligaciones y responsabilidades y conferiría derechos sólo a los Estados y no a los individuos o seres humanos. Esta doctrina es insostenible. Los sujetos de derecho internacional son también los individuos. La afirmación de que los sujetos de derecho internacional son los Estados como personas jurídicas no significa que los sujetos de derecho internacional no sean los individuos; significa que los individuos son sujetos de derecho internacional de una manera específica, diferente de la manera ordinaria en que los individuos son sujetos de derecho nacional".³⁷

En otra de sus obras, el célebre jefe de la Escuela de Viena, sostiene: "El derecho internacional determina las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados. Contrariamente a una opinión muy difundida, esto no significa que las normas del derecho internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo. En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina de manera solamente mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado".³⁸

Para Verdross, las múltiples discusiones que suelen suscitarse acerca de la situación del individuo frente al Derecho Internacional, no impor-

³⁷ H. KEISEN.—*Principios de derecho internacional público*, pp. 84 y 85.

³⁸ H. KEISEN.—*Teoría pura del derecho*, p. 202.

tan tanto oposiciones de fondo cuanto imprecisiones de conceptos. Según él, son varias las cuestiones involucradas en el tema, las cuales podrían englobarse en las tres siguientes interrogantes, a saber: ¿Normalmente son los individuos sujetos del Derecho Internacional? ¿Lo son por excepción? ¿Existen normas jurídicas establecidas por algún órgano de la comunidad internacional sobre la base de algún tratado que confieran derechos a los individuos?

A la primera interrogante contesta Verdross así: los individuos no son en principio sujetos del Derecho Internacional Público, sino objetos suyos; y si bien es cierto que los individuos son en definitiva los beneficiarios de todo derecho incluyendo el Internacional Público, más cierto es aún que, normalmente, no les confiere éste derechos y obligaciones. A los autores que, como Baumgarten, Scelle y Stowell sostienen que los Estados actúan como simples representantes de sus nacionales, los cuales, según ellos, son los verdaderos sujetos del Derecho Internacional, replica que su concepción queda refutada por la práctica internacional ya que, cuando un Estado hace valer una acción de resarcimiento por daños y perjuicios inferidos a un súbdito suyo, siempre procede según el propio arbitrio del Estado y teniendo en cuenta el interés público. Aparte de que no cabe la menor duda de que las sanciones del Derecho Internacional se dirigen contra la colectividad y no contra el individuo culpable como tal".³⁹

A la segunda interrogante: ¿Son por excepción los individuos sujetos del Derecho Internacional? contesta Verdross de la manera siguiente. Es necesario distinguir dos variantes, dos clases de situaciones: cuando el Derecho Internacional obliga indirectamente a los individuos por medio de sus respectivos Estados o sea en el caso de que los ordenamientos jurídicos internos de éstos hagan suyas, sancionándolas, las figuras delictivas previstas por el Derecho Internacional como en el caso de la piratería en alta mar y la violación de un bloqueo por buques neutrales. En estos casos el Derecho Internacional establece determinadas sanciones. La imposición de éstas supone que los Estados hagan uso de la facultad que el Derecho Internacional les concede y que hayan promulgado previamente las res-

³⁹ ALFRED VERDROSS.—*Derecho internacional público*. Traducción de la 4a. edición alemana. Aguilar, editor, 1967. p. 158.

pectivas prohibiciones. En ausencia de tales prohibiciones las sanciones previstas establecidas por el Derecho Internacional no pueden ser aplicadas. Casos hay en que los Estados no solamente quedan facultados para aplicar determinadas sanciones, sino que están obligados a ello pues el Derecho Internacional los constriñe a perseguir determinados delitos establecidos por el Derecho Internacional común o por convenios internacionales. Pero también en el caso de estos delitos llamados "delitos contra el Derecho Internacional" (*delicta juris gentium*) los particulares sólo tienen deberes que se extinguen cuando, los Estados, aun infringiendo el Derecho Internacional, derogan estas normas internas".⁴⁰ La segunda variante es cuando el Derecho Internacional común establece responsabilidades individuales inmediatas y directas como es el caso de las responsabilidades de los criminales de guerra, ya que en virtud de una antigua tradición los Estados están facultados para castigar a los prisioneros que caigan en su poder. Tales violaciones son llamadas crímenes de guerra, y su persecución es lícita en virtud de los usos de la guerra, o sean inmediatamente sobre la base del Derecho Internacional. De donde se concluye que excepcionalmente los individuos sí son sujetos del Derecho Internacional.

En cuanto a la tercera y última interrogante propuesta por Verdross: ¿Existen normas jurídicas establecidas por algún órgano internacional que confieran derechos a los individuos? El tantas veces citado tratadista contesta: "Es innegable que ciertos tratados conceden a determinados grupos humanos el derecho de llevar a Estados extranjeros ante una instancia internacional", por ejemplo, el Convenio sobre creación de un Tribunal Internacional de Presas (1907) que quedó sin ratificar; el antiguo tratado relativo al Tribunal Centro-Americano (1907-1917) y algunas disposiciones sobre tribunales arbitrales mixtos erigidos después de la Primera Guerra Mundial (apartados "e" y "h" del artículo 297 del Tratado de Paz de Versalles y las disposiciones análogas de los de Saint-Germain y Triánón). Estos tribunales efectivamente reconocieron que a determinados grupos de individuos se les había concedido cierta capacidad jurídica y de obrar aunque de alcances limitados. Sin embargo, por tratarse de derechos

⁴⁰ ALFRED VERDROSS, *Op. cit.* p. 160 y siguientes.

fundados en un tratado suscrito por Estados, pueden suprimirse por acuerdo de los Estados signatarios sin el consentimiento de los interesados. Todo esto es muy distinto —dice Verdross— de la situación de aquellos individuos a los que conceden derechos e imponen obligaciones ciertas normas jurídicas dictadas por órganos de la comunidad internacional sobre la base de tratados internacionales como es el caso de las disposiciones de la Antigua Comisión Europea del Danubio que obligaba a cuantas personas navegaran por este río, las prescripciones del reglamento del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya que obligaban a los magistrados del mismo y a su secretario, y finalmente las reglas del Estatuto de Funcionarios de la ONU.⁴¹

ESTADO DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL RESPECTO A LA SUBJETIVIDAD DEL INDIVIDUO ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL.—El estudio del estado de la práctica internacional con relación al derecho subjetivo del individuo frente al derecho internacional debe ser dividido por razones metodológicas, en dos partes, a saber: ¿Existen normas jurídicas internacionales directamente aplicables a los individuos? y ¿Qué participación directa pueden tener los individuos en los procedimientos jurisdiccionales internacionales?

Normas jurídicas internacionales directamente aplicables a los individuos.—En el Derecho Internacional existen normas positivas directamente aplicables a los individuos, protectoras de distintas clases de bienes jurídicos; unas protegen al individuo en cuanto a su vida, otras en su trabajo, aquéllas en su libertad, éstas en el terreno moral. Entre las que protegen la vida del individuo pueden citarse las normas que prohíben la piratería, las leyes de la guerra que prohíben el empleo de gases tóxicos y asfixiantes (protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925), normas que regulan el uso de submarinos (protocolo de Londres de 6 de noviembre de 1936), reglas para la prevención y represión del genocidio (convenio de Londres de 9 de diciembre de 1948). Entre las que protegen al individuo en su trabajo debe citarse la parte XIII del Tratado de Versalles que instituye la Organización Internacional del Trabajo así como las disposiciones emanadas de la OIT. Entre las que protegen la libertad individual deben ci-

⁴¹ ALFRED VERDROSS.—*Op. cit.* pp. 162, 163 y 164.

tarse: el acta de Bruselas de 2 de julio de 1890 y el convenio de Ginebra de 25 de septiembre de 1926 que prohíben la esclavitud y la trata de negros; y los convenios que prohíben la trata de blancas (4 de mayo de 1910, 30 de septiembre de 1921 y de 2 de diciembre de 1949). Entre las que protegen la moral del individuo se citan la reglamentación internacional sobre la producción y el tráfico de estupefacientes y los convenios relativos a la represión de la circulación de publicaciones obscenas. Culmina esta serie de disposiciones normativas de carácter internacional con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948.

Participación directa de los individuos en los procedimientos jurisdiccionales internacionales.—Charles Rousseau cita algunos ejemplos tomados del derecho positivo de gentes en los que se consagra un procedimiento jurisdiccional internacional con la participación de particulares que podían hacer valer un interés directo, concretamente para exigir una responsabilidad internacional de un Estado por daños causados a extranjeros, a saber:

a).—De acuerdo con el artículo 4o. del XII Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907, relativo al establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas, podían comparecer ante él, tanto una potencia neutral como un particular, neutral o beligerante. Como este Convenio no fue ratificado, nunca llegó a constituirse el Tribunal Internacional de Presas.

b).—El Tribunal de Justicia Centroamericano (1907-1917) establecido por el Tratado de Washington de 20 de diciembre de 1907 entre las cinco repúblicas de la América Central, podía conocer de las demandas formuladas por súbditos de los Estados contratantes, siempre que, previamente hubieran agotado los recursos legales establecidos por el derecho interno del Estado demandado.

c).—Los Tribunales Mixtos (establecidos por los Tratados de Paz de 1919, de acuerdo con el artículo 304 del Tratado de Versalles) eran competentes para conocer de las acciones intentadas por un particular contra un Estado ex-enemigo, así como de los litigios derivados de contratos

concluidos antes de 1914 entre individuos que ulteriormente resultaron enemigos entre sí.⁴²

Desgraciadamente esta sana tendencia no se prolongó indefinidamente en el derecho internacional positivo. El Comité de Juristas de 1920 encargado de redactar el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional se abstuvo de seguir dicho criterio al elaborarlo. El artículo 34 del Estatuto de dicho tribunal excluía tácticamente a los individuos de la facultad de comparecer ante ese tribunal. Idéntica solución se le dio al problema al ser elaborado en 1945 el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Este, en su artículo 34 inciso I, establece: "Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte". El Tratado de 18 de abril de 1951 que crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) instituye un Tribunal de Justicia, así como un recurso de anulación que pueden hacer valer contra las decisiones de la Alta Autoridad, especialmente contra abusos de poder, las empresas o asociaciones interesadas en la producción del carbón y del acero. En cambio, el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, no faculta a los individuos para actuar directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre instituido en su Título IV (artículo 38 al 46) y cuya sede fue establecida el 21 de enero de 1959 en Estrasburgo, Francia. Los particulares solamente pueden apersonarse ante la Comisión Europea de los Derechos del Hombre prevista en su Título III (artículos 20 al 37) en caso de violación por una de las partes contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio; pero el ejercicio de esta acción queda supeditado al agotamiento de los recursos locales y al asentimiento previo de seis de los trece Estados signatarios, incluyéndose entre esos seis, al Estado demandado.

Hasta agosto de 1959, la Comisión Europea de los Derechos del Hombre había recibido 536 demandas individuales y 4 gubernamentales. Asimismo, el Comité de los Derechos del Hombre contemplado por el Proyecto de Convenio Internacional sobre los Derechos del Hombre que se elaboró en 1951, sólo puede conocer de las demandas formuladas por los Estados y no de las reclamaciones enderezadas por los particulares, muy

⁴² CH, ROUSSEAU.—*Derecho internacional público*, p. 211.

a pesar de las instancias hechas valer por las delegaciones de la India y Guatemala.

En muy raras ocasiones y solamente de modo indirecto el Tribunal Internacional de La Haya abordó el tema de la subjetividad internacional de los individuos, sin haberse mostrado renuente a admitirla, pues aún cuando proclamó la imposibilidad de que un acuerdo internacional pudiera crear directamente derechos y obligaciones a favor de particulares, admitió sin embargo, que la intención de las partes podría producir aquel efecto, es decir, que de un tratado se derivaran obligaciones y derechos para los individuos susceptibles de ser aplicados por los tribunales nacionales:

“Puede admitirse fácilmente que, según un principio de derecho internacional bien establecido, el *Beamtenabkommen*, acuerdo internacional, no puede como tal, crear directamente derechos y obligaciones para particulares. Pero no se puede discutir que en la intención de las partes el objeto mismo de un acuerdo internacional puede ser la adopción por las partes de las reglas determinadas que creen derechos y obligaciones para individuos y susceptibles de ser aplicados por los tribunales”.

“Que tal intención existe en el caso presente puede ser establecido remitiéndose a los términos del *Beamtenabkommen*. El hecho de que las diversas disposiciones fueran puesta bajo la forma de un *Abkommen* (convenio) es prueba corroborativa pero no decisiva en cuanto al carácter y a los efectos jurídicos del instrumento. La intención de las partes, que debe ser descubierta en el contenido del Convenio, tomando en consideración la manera en que éste ha sido aplicado, es decisiva. Este principio de interpretación debería ser aplicado en el caso presente por la Corte. La redacción y el tenor general del *Beamtenabkommen* demuestra que sus disposiciones son aplicables directamente entre los Funcionarios y la Administración”.⁴³

“El derecho internacional no excluye que un Estado acuerde con otro el derecho de pedir a instancias arbitrales internacionales que concedan directamente a súbditos de éste último, indemnizaciones por los perjuicios que hayan sufrido como consecuencia de una violación del derecho internacional por el primer Estado”.⁴⁴

⁴³ Opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Resolución B-15 de 3 de marzo de 1928, páginas 17 y 18, relativa a la *Compétence des Tribunaux de Dantzig (reclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantziens passés au service polonais contre l'Administration polonaise des chemins de fer)*.

⁴⁴ Corte permanente de Justicia Internacional. Resolución A-17, Pág. 28 de 13 de septiembre de 1928 relativa al asunto *Chorzow (demande en indemnité-fond)*.

Comentando estas resoluciones del Tribunal Internacional de La Haya, Georges Scelle ha dicho: "sin duda busca el Tribunal el fundamento de su opinión en las obligaciones convencionales, pero no deja de reconocer implícitamente *no sólo la personalidad internacional del individuo sino también la ley del desdoblamiento funcional*".⁴⁵

Aspecto de suma importancia sobre la cuestión que se analiza lo ofrece el derecho internacional del trabajo, cuya génesis visible se remonta a la primera postguerra mundial. Debe estimarse que el derecho internacional del trabajo es derecho internacional público de un nuevo tipo. El maestro De la Cueva sostiene que: "El derecho internacional del trabajo no es ni derecho internacional público ni derecho internacional privado, sino un tipo nuevo. Su misión consistirá en regular universalmente los principios fundamentales de las legislaciones internas del trabajo".⁴⁶

Los resultados de las deliberaciones de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo pueden ser Convenciones o Recomendaciones. El Estado que aprueba una recomendación se hace eco simplemente de una aspiración de la Conferencia; si quiere que esa Recomendación se materialice dentro del país, debe dictar una ley especial que contenga las disposiciones recomendadas por la OIT. En cambio, basta aprobar un proyecto de Convención para que se convierta en ley dentro del territorio del país que la haya aprobado.

Ahora bien, los Estados miembros de la OIT asumen una obligación principal que consiste en someter a sus órganos legislativos los proyectos de convenciones y recomendaciones emanados de la OIT. La falta de cumplimiento de esta obligación da lugar a distintos procedimientos y sanciones. Las organizaciones de trabajadores o patrones pueden presentar una reclamación ante el Consejo de Administración y éste debe, según los artículos 409 y 410 de su Estatuto, pedir informe al gobierno interesado. La oficina queda autorizada y ésta es la única sanción en el caso, para publicar la reclamación si no se obtiene contestación del gobierno o a publicar

⁴⁵ GEORGES SCELLE.—*Cours de droit International public*. Tomo I. 1948, p. 510.

⁴⁶ M. DE LA CUEVA.—*Derecho mexicano del trabajo*. 2a. edición. Edit. Porrúa. México, 1964. Tomo I, p. 323.

la contestación, si no es satisfactoria. Cualquier Estado puede presentar una queja contra el gobierno que no cumpla sus obligaciones. El Consejo de Administración se encuentra autorizado en los artículos 411 y 416, para solicitar informes o designar una comisión de investigación. El resultado a que llegue la Comisión se comunica al gobierno interesado y si no se conforma, se turna el asunto al Tribunal Internacional de Justicia para que se impongan las sanciones del caso.⁴⁷

Como se ve, la constitución jurídica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), constitución que se encuentra contenida en la Parte XIII del Tratado de Versalles y en sus reformas de 1944 y 1945 (Declaración de Filadelfia y Conferencia de París), concede la subjetividad de derecho internacional a las organizaciones de trabajadores o de patrones que puedan resultar perjudicadas por la no observancia de las obligaciones contraídas por algún Estado miembro de la OIT, a fin de que el gobierno de dicho Estado corrija su desvío. Por lo demás, no se trata del ejercicio de una acción judicial sino administrativa, salvo caso de contumacia del gobierno remiso, en cuyo evento se turna el asunto al Tribunal Internacional de Justicia a fin de que le imponga la sanción a que se haya hecho acreedor.⁴⁸

El autor de este trabajo opina que el monopolio de la subjetividad de derecho internacional público que hasta la fecha ha venido ejerciendo el Estado con muy contadas excepciones, obedece a un fenómeno sociológico más general, mismo al que se refiere Kelsen al señalar que "en la misma medida en que el derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos, y el principio de la responsabilidad individual fundada en la culpa reemplazará progresivamente al de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado". "La sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni

⁴⁷ *Ibidem.* p. 331.

⁴⁸ *Ibidem.* p. 332.

han estado en condiciones de impedirlo".⁴⁰ Ese fenómeno sociológico a que se hace referencia podría describirse como una tendencia que va de lo genérico a lo particular, del agrupamiento social nación al ente particular individuo. De ahí que en un principio sea el Estado, personificación jurídica de la nación, el único y exclusivo sujeto de derecho internacional público; posteriormente surge cierto tipo de entidad jurídica, que sin constituir un Estado en la acepción jurídico-política del término, goza sin embargo, de subjetividad de derecho internacional; me refiero al Vaticano. Posteriormente surge cierta clase de asociaciones internacionales, dotadas de subjetividad jurídica internacional, como la Liga de las Naciones, el Tribunal de Justicia Internacional, la Cruz Roja Internacional, la OEA, la Organización de las Naciones Unidas, la CEE, la CECA, la EURATOM, la OTAN y otras muchas más, tanto de carácter universal, regional y aun subregional. No constituyen Estados ni super-Estados, y sin embargo, se les atribuye la calidad de sujetos de derecho internacional público. Posteriormente y siguiendo la misma tendencia, se les reconoce excepcionalmente, o se les trata de reconocer la subjetividad de derecho internacional a ciertos individuos o a ciertas personas morales de derecho privado como las organizaciones obreras y patronales. Algunos de estos proyectos hacen fortuna; otros en cambio, corren mala suerte y fracasan. Pero la tendencia es evidente. Es de creerse por consecuencia que en un futuro no muy remoto, será una realidad plena, sin excepciones ni distingos, la consagración del individuo como sujeto de derecho internacional público.

De relevante importancia es la teoría Kelseniana sobre la personalidad internacional; puede resumirse esta teoría en las siguientes proposiciones:

1.—El Estado no es el único sujeto de derecho internacional.

2.—Que el Estado sea el sujeto primordial del orden jurídico internacional no significa, como en el caso de cualquier otra persona jurídica, que las obligaciones y derechos no sean siempre individuales, significa simplemente que los individuos son sujetos del derecho internacional sólo en cierta forma, es decir, de manera distinta a la normal en el derecho interno.

⁴⁰ H. KELSEN.—*Teoría pura del derecho*, pp. 202 y 203

Según el célebre jefe de la escuela de Viena, si en el derecho internacional actual es posible descubrir situaciones en las que los individuos particulares tengan la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, no en calidad de órganos o representantes del Estado, sino directamente por sí mismos, es indiscutible que el individuo, en cuanto tal, puede ser considerado como sujeto de derecho internacional. Tales situaciones son; el delito de piratería, la ruptura de bloqueo, el uso ilegal de un pabellón nacional, los actos injuriosos de personas privadas respecto de Estados extranjeros, los denominados crímenes de guerra y espionaje y con arreglo a normas de derecho internacional particular aquellas obligaciones que puedan derivarse de la Convención del 14 de marzo de 1884 para la protección de cables submarinos.

Todas ellas son, sin embargo, normas especiales que constituyen otras tantas excepciones a una regla general en virtud de la cual el individuo no puede ser considerado sujeto normal de derecho internacional, como lo demuestra el hecho de que éste carece de legitimación activa y pasiva, según el orden jurídico internacional, para comparecer en juicio ante un tribunal internacional.⁵⁰

Que los Estados son normalmente los únicos sujetos del orden jurídico internacional solamente significa que ellos gozan de la plenitud de derechos, así como que en principio sólo a ellos les son imputables las obligaciones que el derecho internacional impone. Ahora bien, como según Kelsen, la personalidad del Estado no es más que una ficción jurídica, debe entenderse que esas obligaciones y facultades recaen siempre *indirectamente* sobre individuos.⁵¹

Resumiendo lo que hasta aquí se ha observado sobre el problema de si los individuos son considerados por el orden jurídico positivo como sujetos de derecho internacional público, se puede concluir con las siguientes proposiciones:

1.—El Estado es el sujeto normal de derecho internacional público.

⁵⁰ H. KELSEN.—*Principios de derecho internacional*, p. 107.

⁵¹ *Ibidem.* pp. 84, 85, 86, 87, 99 y 120.

2.—La práctica internacional ha negado, en términos generales, la calidad de sujetos de derecho internacional público a los individuos, considerando que solamente son sujetos de dicho orden jurídico los Estados.

3.—Ciertas disposiciones del derecho internacional público (las relativas a la prohibición de hostilizar, la prohibición del corso, uso indebido de un pabellón nacional, etcétera) determinan responsabilidades concretas para el individuo.

5.—Según Kelsen deben distinguirse, sin embargo, dos situaciones de subjetividad del individuo ante el Derecho Internacional: el individuo como sujeto de derechos y obligaciones directamente en su calidad de individuo, y el individuo como sujeto de derechos y obligaciones de derecho internacional en calidad de órgano o representante del Estado, es decir, como sujeto de Derecho Internacional por "actos de Estado".

6.—Respecto de, si por excepción, los individuos pueden, como tales, ser sujetos de derechos y obligaciones internacionales es necesario distinguir dos situaciones: cuando el Derecho Internacional obliga indirectamente a los individuos, por intermediación de sus respectivos Estados, o sea en el caso de que los ordenamientos jurídicos internos de éstos hagan suyas, sancionándolas, las figuras delictivas previstas por el Derecho Internacional como en el caso de la piratería y la violación de un bloqueo por buques neutrales. Y cuando el Derecho Internacional común establece responsabilidades individuales inmediatas y directas para los individuos como en el caso de las responsabilidades de los criminales de guerra, de los autores de crímenes contra la humanidad o de genocidio.

7.—La tendencia actual, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es en el sentido de conceder cada vez más al individuo la calidad de sujetos de derechos y obligaciones de Derecho internacional.

CAPÍTULO III

LOS ACTOS DEL ESTADO

1.—ASPECTO SOCIOLOGICO DE LA CUESTIÓN.

2.—ASPECTOS JURÍDICOS.—COMO ACATAMIENTO A LA LEY NACIONAL.—
COMO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE JERARQUÍA.

3.—ASPECTO FILOSÓFICO.

1.—ASPECTO SOCIOLOGICO DE LA CUESTIÓN.—El problema de los actos de Estado está íntimamente relacionado con el problema de la responsabilidad colectiva, que no otra cosa es la responsabilidad del Estado, ya que el derecho internacional es un derecho en muchos aspectos primitivo. “La técnica jurídica de la justicia privada primitiva aplicaba el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no el de la responsabilidad individual fundada en la culpa; esa técnica de la justicia privada primitiva fue trasladada al derecho internacional y así funciona todavía en términos generales. De ahí que la sanción no corresponda al individuo que en su calidad de órgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencionalmente o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte alguna en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo; de ahí que las represalias y la guerra no afecten directamente a los individuos que en su calidad de órganos estatales han violado el derecho internacional con actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes, o al menos a los integrantes de su ejército, si es que la

técnica moderna de la guerra permite todavía la distinción entre su ejército y el resto de la población".⁵³

"La idea de que las acciones de un hombre no sólo valen como acciones de tal, sino, además, como acciones de una corporación a la cual pertenece, no nació primeramente en juristas que hubiesen alcanzado un alto grado de cultura, sino que corresponde, por el contrario, a un grado social rudimentario, cual es el de los pueblos salvajes, y aún hoy las concepciones populares están muy influidas por esta idea a causa del ascendiente que en ellas tienen las nociones primitivas. Originariamente, toda acción con influjo exterior llevada a cabo por un miembro de un grupo social se reputaba como acción del grupo mismo. El crimen cometido por un individuo se consideraba llevado a cabo por la familia, los parientes y la tribu a que pertenecía el que lo había cometido. Del propio modo acontece en las primitivas concepciones religiosas, según las cuales, la asociación se consideraba como una unidad de carácter religioso frente a los dioses, los cuales les concedían la felicidad o el castigo y los pecados de los padres se trasmitían a los hijos, y los actos de los individuos recaían sobre todo el pueblo. *"Durante largo tiempo se ha mantenido esta primitiva concepción en las relaciones enemigas de los pueblos civilizados, y a pesar de todas las atenuaciones del derecho y de la costumbre, continúa aún hoy siendo la guerra, en realidad, una forma de responsabilidad de los individuos"*.

"En la visión usual de la vida juegan un papel increíble aún, las ideas primitivas de las acciones colectivas de los grupos sociales ejecutadas por sus miembros. Familias, razas, naciones, confesiones, clases sociales, profesionales, etcétera, son para muchos las inmediatamente responsables de las acciones de sus miembros. *La individualización de los juicios de las acciones humanas ha sido siempre criterio de muy pocos"*.

"Es indispensable tener siempre presente este hecho histórico y psicológico para comprender que, mediante la concepción de los órganos de las asociaciones de ningún modo nos colocamos en el terreno de las ficciones jurídicas, el cual en general, ha sido abandonado por la jurisprudencia. La idea de que la actividad de los grupos puede ser representada por los individuos, constituye el fundamento de la actividad asociativa y precede

⁵³ Kelsen.—*Teoría pura del derecho*. Eudeba. p. 202.

a toda jurisprudencia. El aspecto colectivo de las acciones humanas fue reconocido, en general, antes que el aspecto individualista".⁵⁴

"Es muy interesante el advertir la separación progresiva que se ha ido estableciendo en el derecho penal entre la responsabilidad individual y la colectiva. Así por ejemplo, la división del Wergeld en algunas razas germánicas en Erbsüine: la primera la había de satisfacer el autor y pasaba a la familia del muerto, y la segunda, había de ser pagada por la tribu a la familia del difunto".⁵⁵

El esquema sociológico de la justicia primitiva parece haber sido, en consecuencia, el siguiente: las consecuencias del crimen cometido por el individuo recaen en el grupo (familia, tribu, pueblo), a cuyo grupo se le hostiliza o eventualmente se le declara la guerra (sanción colectiva). En esa forma el grupo expía su culpa, que es la culpa de uno de sus miembros. El esquema sociológico de la justicia que ha alcanzado cierto grado de desarrollo consiste en la progresiva individualización de la pena que se funda sucesivamente en el concepto de culpa y en el de dolo. De aquí que, desde un punto de vista sociológico, la eximente de responsabilidad fundada en el concepto de acto de Estado sea más proclive a la noción primitiva de la justicia que a un elaborado concepto jurídico de la individualización de la pena.

Sin embargo, no sería ocioso aclarar lo que en el derecho internacional se entiende por acto de Estado. Este nos remite al orden jurídico nacional del Estado cuyo acto se trata de dilucidar. Un acto cuya realización no esté prescrita o permitida por el orden jurídico nacional de un Estado determinado no puede ser imputado a dicho Estado, es decir, no puede ser interpretado como acto del Estado en cuestión. Pero tal acto puede tener, según el derecho internacional, los mismos efectos jurídicos que en un acto imputable al Estado, especialmente si el acto es realizado por un individuo que como órgano del Estado sea competente, conforme a derecho, para representar a dicho Estado en sus relaciones internacionales,

⁵⁴ G. JELLINEK.—*Teoría general del estado*. Compañía Editorial Continental, S.A. 2a. edición. 1958. México 22, D.F. p. 441.

⁵⁵ Nota al calce de la página 441, de G. Jellinek. *Op. cit.*

como jefe del mismo. Un tratado se reputa generalmente concluido por un Estado si el que lo concluyó es el Jefe del Estado, no obstante que la constitución del mismo no confiera la atribución de concluir tratados al jefe del Estado sino al parlamento, o se la confiera a aquél y a éste conjuntamente. La declaración de guerra hecha por un jefe de Estado se reputará como el cumplimiento de la obligación de ese Estado de lo estipulado por la Convención III de La Haya, aún en el caso de que la constitución política del Estado en cuestión no le confiera al jefe del Estado esa competencia, sino al parlamento.⁵⁶

“En estos casos podría admitirse que los individuos competentes para ejercer el derecho del Estado o para cumplir la obligación del Estado, están determinados directamente por el derecho internacional, por lo menos en la medida en que no solamente el derecho nacional sino también el derecho internacional puedan determinar los individuos competentes para actuar como órganos del Estado, esto es, para realizar actos de Estado. Si se acepta esta interpretación, la cuestión de saber si un acto realizado por un ser humano individual es un acto de Estado, deberá ser contestada en principio en base al derecho nacional de los respectivos Estados, pero también, a título excepcional, en base al derecho internacional, si el acto realizado por el individuo interesado tiene en el derecho internacional el mismo efecto que si el acto fuese realizado por un individuo facultado u obligado a ejecutarlo por el derecho nacional”.⁵⁷

2.—ASPECTOS JURÍDICOS.—COMO ACATAMIENTO A LA LEY NACIONAL.—
COMO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE JERARQUÍA.—La responsabilidad penal individual en el derecho internacional común se finca única y exclusivamente contra los criminales de guerra en gracia a que, según una vieja tradición del derecho de gentes, los Estados están facultados para castigar a los prisioneros que caigan en sus manos inclusive por violaciones al de-

^{56, 57} KEISEN.—*Principios de derecho internacional*. p. 102.

recho de la guerra.⁵⁸ Estas violaciones son llamadas *crímenes de guerra*. Su persecución y castigo son lícitos de acuerdo con los usos de la guerra, o sea inmediatamente sobre la base del derecho internacional; y por fundarse la persecución de esos crimines en el derecho internacional es por lo que abarca no solamente las figuras delictivas previstas en los códigos penales de los países de su perpetración o de los Estados que realizan las correspondientes aprehensiones sino las figuras delictivas previstas de una manera general en los usos de la guerra (saqueos, malos tratos a los heridos, etcétera). Del hecho de que la persecución y castigo de esos delitos tenga su inmediato apoyo en el derecho internacional se debe concluir que se trata de auténticos *delitos internacionales*.

Estos delitos abarcan los crímenes de guerra que pudiéramos llamar comunes, o sean aquellos que los combatientes cometen *motu proprio* como los ya mencionados saqueos y los malos tratos a los heridos y aquellos otros que los combatientes llevan a cabo por orden de sus superiores o en acatamiento a las leyes nacionales de su Estado, como el uso de armas prohibidas, el exterminio sin cuartel, las represalias no permitidas por el derecho de gentes, etcétera.

El problema jurídico de los actos de Estado atañe precisamente a este último grupo, a saber: aquellos hechos delictuosos cometidos en acatamiento a la obediencia debida al superior jerárquico y principalmente aquellos otros cometidos por altos funcionarios y dirigentes estatales en acatamiento a sus leyes nacionales, actos que el derecho internacional imputa al propio Estado. El problema jurídico que plantean los actos de Estado al derecho internacional penal consiste en decidir si constituyen, como tales, una eximente de responsabilidad para el ejecutante o si deben favorecerle como una simple atenuante, o si no deben favorecerle en ningún sentido. En este capítulo se han englobado, por razones metodológicas, dentro de la denominación común de Actos de Estado, tanto las decisiones de los altos funcionarios y dirigentes estatales que, en acatamiento de sus leyes nacionales, ejecuten actos imputables al Estado que representan, como los actos de obediencia debida a un superior jerárquico. Muchos tratadistas de derecho internacional proceden conforme a este método; así, Quintano Ripollés declara

⁵⁸ ALFRED VERDROSS.—*Derecho internacional público*. p. 160.

expresamente: "Especial dificultad y trascendencia ofrece en el terreno de la delincuencia internacional la circunstancia de obediencia debida en su doble aspecto de acatamiento a la ley nacional y de cumplimiento de un deber jerárquico".⁵⁰

La teoría de los actos de Estado descansa en el clásico principio de la soberanía, de tan mermado prestigio en la actualidad, al cual iba estrechamente vinculado el de la inviolabilidad del soberano. Sus raíces históricas arrancan de las teorías políticas de Nicolás Maquiavelo que deifican al jefe del Estado, al príncipe, a quien confieren privilegios personales por sobre la ley, las personas y los demás Estados. Posteriormente será Napolón Bonaparte otro de los más notables sostenedores de esta dogmática postura, para después pasar el liderato al emperador Federico de Prusia, terminando finalmente con Adolfo Hitler y sus seguidores.

El problema jurídico que plantean los actos de Estado no se reduce a decidir si constituyen, como tales, circunstancias eximentes de responsabilidad penal o simplemente atenuantes; esta problemática atañe en todo caso al derecho internacional penal. Otro aspecto no menos interesante es el que se contempla desde el punto de vista del derecho nacional: los preceptos del derecho militar, siempre de dureza más pronunciada, requieren precisamente de ese elemento que aquí entra al debate: la disciplina castrense, cuyo pilar insustituible es la obediencia. La obediencia resulta así, por un lado, justificante de los actos de Estado y como justificante destructora de su antijuricidad con respecto a los ordenamientos penales comunes; en tanto que, por otro lado, dicha obediencia no justifica ante el derecho internacional penal la antijuricidad de los mismos actos de Estado constitutivos de delitos internacionales. La crisis porque atraviesa la eximente de obediencia en la doctrina y en el orden jurídico positivo internacional es consecuencia de un principio cardinalmente utilitario: el de imposibilitar jurídicamente la impunidad que trae aparejada el sistema contrario, esto es, el sistema de la justificación de actos delictivos con base en la obediencia debida a la ley o a la jerarquía. Es, en cierto modo, una cesación de la dogmática penal de derecho común en favor de ese principio

⁵⁰ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955. Tomo I, p. 178.

utilitario del derecho internacional penal a que antes se hizo referencia: conjurar una causa de impunidad que ha operado gracias a la existencia de dogmas periclitados.

No obstante lo anterior, algunos autores piensan que no debe rechazarse sistemáticamente la operabilidad de tal circunstancia eximente de responsabilidad penal ni en la dogmática penal común ni en la del derecho internacional penal. Así, Von Weber y Glaser se remiten a la sistemática del derecho penal ordinario invocando que la mejor doctrina hace operar la obediencia en la hipótesis de error o de fuerza mayor (estado de necesidad), haciendo que dicha eximente se convierta en una circunstancia de naturaleza subjetiva y no en una justificación previa objetiva que resultaría, al decir de Hafter, "inmoral y antipolítica".⁶⁰ Esa justificación previa objetiva que Hafter califica de inmoral y antipolítica, lo sería mucho más en el terreno internacional ya que, como resultado final del encadenamiento jerárquico conduciría a una impunidad automática escalonada que desembocaría en última instancia en una denegación total del derecho. La sola existencia objetiva de una eximente de responsabilidad penal como la que se ha venido analizando constituye, humanamente, una solapada invitación a tales abusos con la circunstancia de que, simultáneamente provee a los eventuales infractores de una patente de corzo para infringir el derecho, lo cual tendría como resultado el reblandecimiento del rigorismo de la función preventiva general asignada a las normas penales. El jurista rumano Aroneanu, autor de uno de los trabajos más antiguos sobre los crímenes contra la humanidad, ha dicho, "el crimen contra la humanidad, antes de ser crimen es un acto de soberanía estatal" con lo que claramente ha dado a entender su carácter "oficial" y organizado, planeado a propósito para fines de exterminio, que es cabalmente la nota característica del crimen de genocidio.

Hagamos un poco de historia sobre este asunto. Los romanos eximían de responsabilidad a los esclavos por los actos que ejecutaran mandados por sus amos, siempre que dichos actos no tuvieran aspecto delictivo. Las

⁶⁰ A. QUINTANO RIBOLLES.—*Op. cit.* Tomo I, p. 182. (Una eximente previa y objetiva sería la que se consignara explícitamente en la ley. Una eximente posterior y subjetiva solamente podría derivarse de facultades expresas concedidas al juzgador para, en determinadas circunstancias eximir de responsabilidad al reo). (Nota del autor de esta tesis).

Partidas excluyen de responsabilidad, por causa de obediencia, al siervo, al vasallo, al menor de veinticinco años sujeto a la potestad de otro y a los frailes y religiosos, a no ser que se tratara de lesiones u homicidio, ya que el carácter delictivo de un hecho de esta naturaleza resultaría evidente.⁶¹

Cuello Calón enseña que “cuando los hechos ordenados por el superior sean análogos a los que éste puede mandar legítimamente con relación a los asuntos de su jurisdicción, el inferior queda exento de responsabilidad. Si por el contrario, el hecho ordenado está desprovisto de todo carácter exterior que pueda dar a entender que el superior obraba legítimamente y dentro de sus atribuciones, hay imputabilidad”, sólo que la única obediencia que puede dar lugar a la causa de justificación en estudio es la obediencia jerárquica.⁶² Resume Cuello Calón las condiciones necesarias para que la obediencia constituya causa de justificación, en la forma siguiente: a).—Que exista una relación jerárquica entre el superior y el subordinado; b).—Que el acto ordenado se refiera a las relaciones habituales entre superior y subordinado; y c).—Que la orden reúna los requisitos externos exigidos por la ley.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931 consagra la causa de justificación que estamos examinando en la fracción VII de su artículo 15: “Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria, ni se prueba que el acusado la conocía”. Conforme al mencionado ordenamiento legal, en consecuencia, la causa de justificación sólo existirá cuando la obediencia sea derivada de una relación jerárquica, relación que se presenta en la dependencia por razones de actividad o funciones públicas, como manifestación del imperium de los funcionarios del Estado.⁶³ Por último, conforme a la ley penal mexicana, para que la excluyente exista se requiere que no sea evidente el carácter delictivo del

⁶¹ CARLOS FRANCO SODI.—*Naciones de derecho penal*. Parte General. Ediciones Botas, México, 1950. p. 89.

⁶² *Ibidem*, p. 89.

⁶³ *Ibidem*, p. 90.

hecho ordenado por el superior y ejecutado por el inferior. Nuestro Código de Justicia Militar en el Libro Segundo, Título Primero, Capítulo VIII establece entre las circunstancias *excluyentes* de responsabilidad, las siguientes:

ARTÍCULO 119.—Son excluyentes:

IV.—Obrar en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, empleo o cargo público.

VI.—Obedecer a un superior, aún cuando su mandato constituya un delito, excepto en los casos en que esta circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado lo conocía. Correlativamente, el propio Ordenamiento Legal establece en su artículo 301 el delito de desobediencia. “Comete el delito de desobediencia el que no ejecuta o respeta una orden superior, la modifica de propia autoridad o se extralimita al ejecutarla. Lo anterior se entiende salvo el caso de necesidad impuesta al inferior, para proceder como fuere conveniente, por circunstancias imprevistas que puedan constituir un peligro justificado para la fuerza de que dependa o tuviere a sus órdenes”. Así se puede observar que, contra la mejor doctrina jurídica que entiende la obediencia debida al superior, no como excluyente sino como atenuante, porque convierte al subordinado de autor en cómplice del autor, el orden jurídico positivo mexicano sigue considerando como excluyente de responsabilidad penal tanto el cumplimiento de un deber de jerarquía como el acatamiento a la ley nacional. Es de invocarse en esta conyuntura la pulcra y atildada distinción hecha por el maestro Octavio Véjar Vázquez para quien la doctrina de los actos del Estado constituye en todo caso una excluyente de responsabilidad de carácter político en tanto que la obediencia debida al superior constituye una atenuante de índole jurídica.

El Manual Militar Británico Art. 443) y las U.S.A. Rules of Land Warfare (Art. 366) resolvían la cuestión en este sentido: la obediencia debida a un superior sí exime de culpa al ejecutante (Members of the armed forces who commit such violations. . . as are ordered by their governments or by their commander are not war criminals and cannot therefore be punished by the enemy. He may punish the officials or commanders responsible for such orders. . .”). No obstante lo cual, esta eximente de responsabilidad, al decir de Verdross, ha sido rechazada en principio por

distintos ordenamientos legales por lo que respecta a aquellos hechos cuyo carácter delictuoso podía conocer el ejecutante, y muy especialmente por cuanto toca a los *delitos contra la humanidad*.⁶⁴ “En general se admite que el ejecutante puede quedar exento de responsabilidad si obró bajo el peso de una coacción irresistible”.⁶⁵

La defensa de los grandes criminales de guerra enjuiciados por el Tribunal Militar de Nuremberg invocó la teoría de los actos de Estado como eximente de responsabilidad penal, más o menos en los siguientes términos: “Sólo los Estados son sujetos del derecho internacional; los individuos no son sujetos de ese derecho y por tanto no pueden ser criminalmente responsables ante el derecho internacional. Tal como funciona en la actualidad del derecho internacional, hace falta un principio que diga que no solamente el Estado soberano sino también el individuo puede estar sujeto a la ley internacional”. (La defensa del procesado Sayss-Inquart, invocó un pronunciamiento del profesor Verdross en el sentido de que los Estados, pero no los individuos, son los únicos que pueden ser sujetos de un crimen internacional).⁶⁶

Los defensores de los grandes criminales de guerra procesados en Nuremberg se empeñaron en demostrar que solamente los actos de los Estados pueden ser reputados como actos de criminalidad internacional, pero no los de los individuos que los hayan llevado a cabo en su calidad de órganos estatales. Tal fue el argumento de la defensa de Von Ribbentrop, agregando, “están encargados de cuidar los intereses de su pueblo; si fracasan en su política entonces el pueblo a quien ellos trataron de servir será el que sufra las consecuencias, en tanto que sus dirigentes serán juzgados por el juicio de la historia”; “pero en estricto derecho solamente podemos ser responsables ante nuestros propios países por hechos que importen

⁶⁴ Sentencia del Reichsgericht en el asunto Llandovery Castle. Annual Digest and reports of public international Law Cases, 1923-1924, número 235.

⁶⁵ VERDROSS.—Op. cit. p. 161.

⁶⁶ *The Charter and Judgment of the Nuremberg Tribunal*. Memorandum Submitted by the Secretary General. United Nations. General Assembly International Law Commission. Lake Success, New York, 1949.

violaciones al derecho internacional. Los países ofendidos por estas violaciones no pueden responsabilizar a sus dirigentes como si esos hechos hubieran sido cometidos individualmente”.⁶⁷

“El Reich alemán cometió violaciones al derecho interaccional y fue responsable además, de acuerdo con las normas de ese derecho; pero solamente el Reich, no los individuos, no obstante que los individuos hayan sido la cabeza del Estado. En los últimos cuatro siglos el Estado ha ganado la dignidad o categoría de una superpersona. Tal como ellos han actuado individualmente desde el principio hasta el fin. Pero los hechos llevados a cabo por individuos, como sus órganos estatales fueron, de hecho actos de Estado, no actos privados de esos individuos”.

“Castigar a los individuos por sus decisiones con relación a la guerra o la paz sería destrozarse la noción de Estado. Esto solamente podría hacerse por abandono de los principios fundamentales del derecho internacional como se estima comunmente. Las cosas debieran alcanzar un punto donde, de acuerdo con el derecho internacional mundial, los hombres que participan en el planeamiento, preparación, lanzamiento y prosecución de una guerra, puedan ser llevados por el derecho internacional a una corte internacional de justicia penal cuyas decisiones vayan de acuerdo con los problemas fundamentales de la existencia del Estado, y cuyos Estados estarían sujetos al control de un super-Estado. Podría uno llamar aún así a dichos Estados soberanos, aun cuando esos Estados ya no serían soberanos”.⁶⁸

Estos argumentos de la defensa fueron rebatidos por el principal Procurador británico Sir Hartley Shawcross que se refirió en primer lugar al argumento de que “solamente el Estado y no los individuos pueden ser responsables ante el derecho internacional” negando que existiera dicho principio en el derecho internacional; mencionó los casos de piratería, violación de bloqueo y crímenes de guerra como ejemplos de sanciones impuestas directamente a los individuos por el derecho internacional. Dijo

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *The Charter and Judgment of the Nuremberg Tribunal.*

que los derechos y obligaciones del Estado son derechos y obligaciones de los hombres individualmente considerados,⁶⁰ y si no obligaran a los individuos, no obligarían a nadie. Shawcross rebatió a continuación el argumento de la defensa basado en la teoría de los Actos de Estado, diciendo: "Entonces el argumento de los Actos de Estado debe ser entendido en otra forma; donde el acto comprometido es un Acto de Estado, aquellos quienes lo llevaron a cabo no son personalmente responsables porque tuvieron título suficiente para actuar, y por tanto pueden ampararse en la soberanía de su Estado. No he sugerido, por supuesto, que este argumento tenga alguna aplicación a los crímenes de guerra; nosotros sostenemos que cada uno de estos hombres es culpable de innumerables crímenes de guerra, por lo que debería desecharse esta materia por académica, aun cuando este método disminuiría el valor de nuestros procedimientos, es decir, de los procedimientos que tendrán el consiguiente desarrollo en el derecho internacional y aun cuando es cierto que por hoy no existe autoridad sobre un Estado soberano o sobre las cabezas de sus representantes".

El Tribunal no vaciló en resolverse en favor de la responsabilidad penal de los individuos ante el derecho internacional. Y admitió esa responsabilidad penal sin desconocer que el derecho de gentes concierne a los actos de los Estados soberanos y que no prevee castigo para los individuos; y sin desconocer que los actos en cuestión son actos de Estado por lo que los individuos que los llevan a cabo no son personalmente responsables; empero, están protegidos por la doctrina de la soberanía del Estado. En opinión del Tribunal ambos supuestos deben ser rechazados porque el derecho internacional impone derechos y obligaciones tanto a los Estados como a los individuos. Después de eso afirmó que también los individuos pueden ser castigados por violaciones al derecho internacional; los crímenes cometidos contra el derecho internacional son cometidos por los individuos, por los hombres, no por entidades abstractas como el Estado; y sólo mediante el castigo de los hombres individualmente considerados como responsables de tales crímenes es como el derecho internacional puede imponerse en último extremo.

⁶⁰ Tesis Kelseniana. Véase *Principios de Derecho Internacional Público*. Hans Kelsen, Edit. El Atenco. Buenos Aires, 1965. pp. 84 y 99.

En cuanto a la argumentación de la defensa de que los individuos no son responsables por Actos de Estado, el Tribunal de Nuremberg dijo: "el principio del derecho internacional que protege a los representantes de un Estado no puede ser aplicado a actos considerados por el propio derecho internacional como criminales. Los autores de estos hechos no se pueden amparar tras su posición oficial a fin de liberarse de los castigos a que se hayan hecho acreedores. Finalmente, y para apoyar el rechazo del Tribunal hacia la doctrina de los actos de Estado, la Corte invocó el artículo 7o. de su Carta constitutiva, que estipula: "La posición oficial de los acusados ya sean jefes de Estado o altos oficiales en los departamentos de gobierno, no podrá ser considerada como causa que los libre de responsabilidad o que aminore la pena". El Tribunal de Nuremberg sostuvo invariablemente el criterio de que todo el que haya violado las leyes de la guerra está impedido de recuperar su libertad aun cuando la violación la haya cometido como órgano de su Estado y aun en el caso de que su Estado haya autorizado ese acto contrario al derecho internacional. En esta forma el Tribunal de Nuremberg afirmó la primacía del derecho internacional sobre el derecho nacional.

Resumiendo lo que hasta aquí se ha dicho sobre el aspecto jurídico de la teoría de los actos de Estado, se puede recapitular así:

1.—Hasta antes del establecimiento del Tribunal Militar internacional de Nuremberg la obediencia debida a la ley o a la jerarquía constituía una exculpante de responsabilidad penal ante el derecho internacional.

2.—Con posterioridad al Tribunal de Nuremberg la obediencia debida a la ley o a la jerarquía no libra de responsabilidad penal al autor de una infracción de carácter internacional, pero excepcionalmente puede ser tomada en cuenta como atenuante.

3.—La doctrina de los actos de Estado constituye en todo caso una excluyente de responsabilidad de carácter político en tanto que la obediencia debida al superior constituye una atenuante de índole jurídica, de acuerdo con la opinión del maestro Octavio Véjar Vázquez.

4.—Nuestro orden jurídico positivo, contra la mejor doctrina jurídica, no valora la obediencia debida al superior ni el acatamiento a la ley nacional como atenuante sino como excluyente de responsabilidad penal.

3.—ASPECTO FILOSÓFICO.—La cuestión trascendental que se plantea ante el derecho internacional penal con los actos de Estado es en definitiva una cuestión de conciencia. Entre más estrecho sea su sentido de lo valioso, mayor propensión habrá en el hombre a preterir los valores morales y a anteponer la realización de los jurídicos, si entraren ambos en conflicto. Correlativamente, entre mayor conciencia de la dignidad humana, del valor de la vida y de los supremos valores de la escala axiológica adquiriera el hombre, menos obligado se sentirá a acatar los mandatos jurídicos que contraríen o se opongan a la realización de aquellos, ya se trate de órdenes jerárquicas o de mandatos jurídicos genéricos que, de ser acatados, entrañarían no sólo la infracción del derecho internacional penal sino la comparecencia automática del infractor ante el tribunal inexorable de la propia conciencia.

La culpabilidad no es cosa imaginaria o supuesta sino algo real que se experimenta y se sufre. "Irrumpe como una fatalidad en la vida humana. El sujeto no puede librarse de ella. Aparece de súbito, juzgadora, negativa, dominante. Y el hombre no experimenta esa irrupción como algo extraño. En su propio ser hay una instancia que lo delata. Lo que en la responsabilidad se encontraba ya preparado, la situación interna del tribunal ante el cual el individuo comparece, encuentra en la conciencia de la culpa la forma más drástica, su realidad interior más convincente".⁷⁰

El anterior planteamiento conduce indefectiblemente al dilema siguiente: *Moral versus Derecho*, cuya disyuntiva no constituye ninguna novedad en la literatura jurídica universal. "Lejos de coincidir en todo caso los principios jurídicos con los deberes éticos, en muchas ocasiones se oponen, lo que da nacimiento a incompatibilidades de mayor o menor monta. La existencia del llamado delito por convicción demuestra de manera elocuente, según Radbruch, la falsedad de la teoría de Jellinek. Los trágicos conflictos que a las veces se presentan entre las exigencias morales y jurídicas, indican claramente la diversidad esencial de contenido de unas normas y otras".⁷¹

⁷⁰ NICOLAI HARTMANN.—*Ethik, Zweite Auflage*. p. 673.

⁷¹ EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ.—*Ensayos filosófico-jurídicos*. Universidad Veracruzana. Xalapa, México, 1959. p. 63.

Entre la libertad moral y la jurídica media una considerable distancia. La libertad jurídica se concibe como una facultad puramente normativa, porque la norma jurídica no sólo ordena y prohíbe sino que deja a las personas un cierto radio de acción. Este radio de acción constituye el ámbito de la libertad como derecho. Pero la zona de lo jurídicamente potestativo no constituye el radio de acción de la voluntad del hombre, ni una instancia decisiva en ella, sino un espacio de actividad exterior que la norma jurídica limita y protege. Es por ello que la libertad jurídica no puede concebirse como un hecho, como un *factum*, sino como facultad derivada de una norma. La libertad moral, en cambio constituye un atributo real de la voluntad; es así como la libertad jurídica termina donde el deber principia en tanto que la libertad moral es concebida como una potestad humana capaz de traspasar los límites de lo permitido.⁷²

Derecho y moral son regulaciones de la conducta humana que describen órbitas similares, a veces idénticas, a veces sólo paralelas, pero que también en ciertas ocasiones llegan a separarse tan radicalmente que entran en franca oposición. El autor de este trabajo abriga la remota esperanza de que algún día, moral y derecho se identifiquen en cuanto a su contenido material, por más que desde un punto de vista puramente formal siga distinguiéndose la primera del segundo por las características ya apuntadas de heteronomía, bilateralidad, etcétera.

⁷² EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ.—*Libertad como derecho y como poder*. Cía. General Editora, México, D.F. 1941.

CAPÍTULO IV

ALGUNOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

1.—EL PRINCIPIO “NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE”.— Singular importancia para el derecho penal internacional adquiere, como contribución de *lege ferenda*, la elucidación de si conviene que se mantenga vigente dentro del orden jurídico represivo internacional el conocido principio “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*” que ha venido informando el derecho penal interno de las principales naciones civilizadas del mundo, o ha de abandonarse a favor del “prudente, discreto e inteligente arbitrio judicial”, caro a Dorado Montero. No se trata ahora de contradecir a los impugnadores de los juicios de Nuremberg que han criticado acremente la ilegalidad de su actuación por cuanto que aplicaron penas no previstas en ningún tratado ni costumbre internacionales, y calificaron como delitos hechos que, si bien tenían carácter francamente antijurídico, no habían sido catalogados como delitos por lo menos hasta antes del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 por norma alguna del derecho de gentes.

Este principio “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*” apareció como reacción contra los abusos del desmedido arbitrio judicial imperante en Europa hasta antes de la reforma penal iniciada por Beccaria. Con antelación a la susodicha reforma los jueces podían incriminar por sí mismos hechos no tipificados como delitos por las leyes penales, así como aplicar las penas que les parecieron más justas y adecuadas de acuerdo con su más amplio arbitrio judicial. Esta extensa libertad de acción concedida al juzgador fue originada por la excesiva severidad de las leyes penales de la época, las cuales instituían penas de tan extremado rigor, que por

sí mismas repugnaban a la conciencia social y jurídica de la época. En consecuencia, como un medio de sustraer a los ciudadanos al rigorismo de la legislación penal se les concedió a los jueces una gran independencia en la administración de justicia. Con el transcurso del tiempo se originó una creciente corruptela en el uso de dicho arbitrio judicial, el cual funcionaba benévolo en beneficio de ciertos individuos o de determinadas clases sociales, cargando sobre el común de los reos, sobre los desvalidos, humildes e indigentes, el rigorismo legal que no era aplicado a los privilegiados. ⁷³

Parece que quien primero enunció este principio de legalidad en el terreno del derecho penal fue Luis Feuerbach en su libro *Lehrbuchdes Peinlichen Rechtes*, principio de legalidad que fue desconocido por el derecho romano, por el germánico y por el canónico. ⁷⁴ Al resurgir la importancia y dignidad de la personalidad individual frente a la omnipotencia del Estado, se llegó al extremo opuesto, esto es, se le imprimió a la ley penal un decidido sentido de protección para el individuo consagrándose así la llamada garantía penal que consiste en que no será detenido ni preso, procesado ni juzgado ningún individuo, sino conforme a leyes y por autoridades competentes; ni será penado sino por hechos considerados como delitos con anterioridad al hecho incriminado; esto es, que en la actualidad, el principio de legalidad penal funciona como una garantía individual de libertad. ⁷⁵

Dice Cuello Calón que tanto la opinión doctrinaria antigua como la moderna es favorable en su gran mayoría al mantenimiento de tal principio. Cita el ilustre penalista español como autores partidarios de la máxima en cuestión a Beccaria, Romagnosi, Carrara y Pesina entre los antiguos y a Prins y a von Liszt entre los modernos. ^{76 77}

⁷³ E. CUELLO CALÓN.—*Derecho penal*. 1er. tomo. Parte General. Bosch, Casa editorial. Barcelona, 1940. pp. 168 y 169.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 160.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 169.

Ello no obstante, han existido y existen destacados adversarios del mantenimiento del citado principio. Dorado Montero, citado por Cuello Calón, ha augurado para plazo más o menos lejano el fin de su imperio y el triunfo del "prudente, discreto e inteligente arbitrio judicial" como fuente del derecho penal. Cuello Calón se muestra escéptico acerca de la realización del vaticinio hecho por Montero teniendo en cuenta que el principio en cuestión continúa vivo en la conciencia jurídica de los pueblos como lo demuestra la aceptación de que aún goza en la doctrina y en el orden jurídico positivo de muchísimos países. Empero, reconoce el ilustre penalista hispano que si bien es cierto que no existen signos evidentes de que la máxima *Nullum crimen, nulla poena sine lege* pronto sea abandonada y substituida por el arbitrio judicial, no puede menos que reconocerse que paulatinamente se va destacando con mayor fuerza la necesidad de aflojar los lazos con que los preceptos estrictos de la ley esclavizan al juzgador, haciendo de él un aplicador mecánico del precepto penal, de modo tal que se perfila así mismo la imperiosa necesidad de que el arbitrio judicial, tan limitado en la actualidad, y tan precariamente ejercitado, sea ampliado considerablemente.

Asegura Cuello Calón que la mayoría de los códigos penales y de los proyectos legislativos se orientan en la actualidad en ese sentido, tratando de otorgar una discreta libertad de acción a los jueces penales, no sólo para elegir la clase y extensión de la pena, sino también para apreciar la exacta concordancia entre el hecho imputado al reo y la infracción tipo definida por la ley penal. Y en esta labor analítica y de comparación, de cotejo, cuyo resultado será la declaración de culpabilidad o inocencia de un ser humano, el juzgador deberá de proceder a veces no con arreglo a normas de derecho positivo, en cuyo caso no se podría hablar de "cierta libertad de acción de los jueces penales", sino conforme a ciertas normas que estén fuera del derecho legislado. Por supuesto que semejante actua-

⁷⁶ "El derecho a castigar está subordinado a la condición de que los delitos y las penas se determinen de antemano por la ley". Prins.

⁷⁷ "La actual concepción del derecho no admite más fuente del derecho penal que el derecho escrito. Sobre el principio *Nullum Crimen, nulla poena sine lege*, se fundamenta la libertad de los particulares frente a la omnipotencia judicial". Von Liszt.

ción de los jueces penales conforme a normas de derecho no escrito, no podría rebasar nunca los supuestos penales de la ley escrita, vale decir, no podría tener por delictuosos hechos no previstos como delitos por la ley penal, como tampoco desbordar la imposición de las penas impuestas por dicha ley.⁷⁸

En los años inmediatamente anteriores a la Segunda Guerra Mundial se ha manifestado en ciertos países una fuerte reacción en contra del principio "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*". Esta reacción apareció antes que en la doctrina en el campo legislativo con el Código Penal ruso de 1926 que autoriza a los jueces a aplicar la ley por analogía cuando no existe una disposición legal aplicable al caso. Posteriormente se inspiraron en esta orientación el Código Penal danés de 1930 y la Ley alemana de 28 de junio de 1935. Se entiende por método analógico la aplicación de una norma jurídica a un caso no previsto por dicha norma, pero cuyos presupuestos son similares. También se entiende por método analógico la aplicación de un principio jurídico extra-legal a un caso no previsto por el mismo.⁷⁹ El método de interpretación analógica guarda estrecha relación con la institución del arbitrio judicial; éste presupone dos posibilidades: la facultad legal del juzgador para determinar qué pena aplica al delincuente, o la sola facultad de decidir la mayor o menor duración de la pena o medida que la ley expresamente establece entre un mínimo y un máximo. En el primer caso el arbitrio es absoluto, en el segundo es relativo. Dice a este respecto el maestro Ceniceros que no hay duda de que el arbitrio judicial relativo guarda vinculación con la analogía, "ya que la facultad que ejerce el juez dentro de ciertos límites prudenciales, está en la ley".⁸⁰ Y continúa el propio maestro Ceniceros sobre este mismo tópico, de la siguiente guisa: "El arbitrio absoluto puede ir más allá de los casos que la ley previó, o sea que, en otras palabras, *el juez actúa cuando no hay ley para el caso que se ventila, y si la hay no es expresa y*

⁷⁸ E. CUELLO CALÓN.—*Op. cit.* p. 164. Edic. 1954.

⁷⁹ JOSÉ ANGEL CENICEROS.—*Trayectoria del derecho penal contemporáneo*. Biblioteca "Criminalia" México, 1943, p. 83.

⁸⁰ *Ibidem.* p. 84.

suficiente. Si no es la ley expresa y suficiente el juez interpreta con mayor o menor latitud; y si no hay ley, la suple".⁸¹

Es indudable que cuando el juzgador suple una laguna de la ley, la aplicación del principio de analogía resulta evidente, si se tiene en cuenta que, jurídicamente la palabra analogía se emplea para significar la semejanza, la similitud existente entre el caso contemplado por la ley y otro que se ha omitido en ella. Es así, como, si esa semejanza o similitud es completa, la parte dispositiva de la norma jurídica que contemplaba un determinado supuesto se hace extensiva, por analogía de razón, a otro supuesto, no contemplado por ella.

Jiménez de Asúa, citado por el maestro Ceniceros, estima que "uno de los nuevos aportes del derecho penal de nuestra época es el arbitrio judicial, que no sólo se halla en íntimo contacto con la garantía "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*", sino que crece y se desarrolla a expensas de esta máxima de arcaico sabor". Moderadamente resucitado en la ideología de las nuevas escuelas y en los recientes códigos y proyectos, no hay una institución moderna que se conciba sin él; la individualización de la pena y, sobre todo el estado peligroso, precisan absolutamente del arbitrio de los jueces. El derecho penal contemporáneo no puede actuar sin arbitrio judicial."⁸²

Las anteriores consideraciones desembocan en la siguiente conclusión: la tendencia al restablecimiento más o menos amplio del método analógico configura una reacción natural en contra del derecho penal objetivo como consecuencia de una política penal de rígida aplicación del principio "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*". Dicho en otra forma, la tendencia a volver al método analógico obedece a un proceso dialéctico que parte precisamente de la interpretación analógica del derecho romano que autorizaba el castigo "*ad exemplum legis*" para pasar posteriormente a un sistema de estricta legalidad como una reacción contra el abuso de aquella interpretación analógica, para volver nuevamente al método analógico,

⁸¹ J. ANGEL CENICEROS.—*Op. cit.* p. 84.

⁸² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.—*Citado en la Reforma a las Leyes Penales de México*. Capítulo del Arbitrio Judicial.

también como reacción contra el sistema de estricta legalidad. O, como ha hecho notar Garraud: "la historia de la penalidad desde hace más de cien años, se resume en la abdicación constante y progresiva del legislador en favor de los jueces y autoridades administrativas. El punto de partida es la pena estrictamente fijada por la ley; el punto de llegada es la amplitud del arbitrio judicial y administrativo".⁸³

Es de concluirse que el derecho internacional penal debe, a fin de colmar ese anhelo universal de justicia siempre vivo y siempre insatisfecho, no mantener vigente de manera estricta y dogmática el conocido principio "Nullum crimen, nulla poena sine lege" que ha venido informando el derecho penal interno de las principales naciones civilizadas del mundo, sino que deberá combinarlo prudentemente con un arbitrio judicial moderado y racional, basado en el método analógico con vistas a hacer una justicia dinámica y ágil que se adapte a las necesidades sociales que traen aparejados los constantes y secundos logros de la ciencia y de la técnica que, aplicados por la perversidad humana a la destrucción y al genocidio, así como al anquilamiento de la dignidad humana, configuran nuevos e imprevistos delitos internacionales. Parece haber previsto estas situaciones el maestro José Angel Ceniceros cuando aseguró: "Podemos pues afirmar categóricamente que puede convivir el principio "Nullum crimen, nulla poena sine lege", con un arbitrio moderado, racional, suficiente para satisfacer las necesidades del derecho penal contemporáneo que, si se ajusta a las condiciones de la mayoría de los países, no puede ir más allá por ahora, quién sabe por cuánto tiempo más, de acuerdo con el ritmo natural de su desenvolvimiento".⁸⁴

En efecto, el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege" tiene una clara tendencia hacia lo estático, mientras que el método analógico racionalmente regulado por un moderado e inteligente arbitrio judicial tiende a hacer más dinámica la impartición de la justicia; presunción humana que se hace más vehemente y justificada frente a un mundo en que la ciencia y la técnica sorprenden con sus maravillosos inventos, muchos de los cuales

⁸³ Cita del Lic. José Angel Ceniceros. *Op. cit.* p. 80.

⁸⁴ J. ANGEL CENICEROS.—*Op. cit.* p. 85.

han sido puestos al servicio de los más negativos, egófstas y perversos impulsos que pueda alentar el género humano.

Empero, deben puntualizarse dos condiciones al decir lo anterior, a saber: en primer lugar no se aboga por un abandono total y definitivo del principio tantas veces mencionado; en segundo lugar, que el método analógico que se propugna para el derecho internacional penal deberá ser aplicado por jueces técnicos, competentes e independientes y en ejercicio de una función pública, pues como atinadamente hace notar el maestro Ceniceros: "Desde un punto de vista científico, precisa afirmar que es de naturaleza distinta la aplicación del principio de analogía que llevan a cabo jueces técnicos, competentes e independientes, al servicio de una función pública, de la aplicación de ese principio como medio del poder público como en el caso de los países totalitarios en que las consideraciones políticas prevalecen sobre los fundamentos científicos".⁸⁵ Tal vez sea esa la clave del problema: la calidad técnica y la independencia política de los tribunales o jueces encargados de aplicar el método analógico mediante el arbitrio judicial, de cuya clave dependió la vulnerabilidad y el desprestigio del Tribunal de Nuremberg, a saber: su falta de independencia política. O como atinada y proféticamente afirmó el doctor José Peco: "La interpretación progresiva tiende a acomodar el texto de la norma jurídica a las condiciones cambiantes de la época de su aplicación. Ceñida a los confines de la ley, teniendo en cuenta el progreso científico, la evolución de los coeficientes político-sociales, el espíritu de la época de su aplicación, no sólo no se opone al derecho vigente, sino que lo interpreta rectamente. La interpretación progresiva es una consecuencia natural del adelanto de la ciencia, de la evolución política, de los cambios sociales, y de las reformas parciales de las leyes penales".⁸⁶

Para finalizar este primer apartado del Capítulo Cuarto, es adecuado transcribir las disposiciones del código penal ruso que instituyen el arbitrio judicial más amplio para la aplicación analógica de penas arbitrarias: "En el caso de que falten en el Código Penal indicaciones precisas acerca de los

⁸⁵ *Ibidem*, p. 85.

⁸⁶ José Peco.—*La analogía en el derecho penal*. Tomo I, p. 370. Primer Congreso Latinoamericano. Citado por el maestro Ceniceros.

diferentes aspectos de los delitos, las penas o las medidas de defensa se aplicarán de acuerdo con los artículos del Código Penal que prevean delitos que sean más semejantes según su importancia y el modo del delito sin contravenir los preceptos de la parte general de este Código". Artículo 10 del Código Penal ruso.

"Cuando un hecho peligroso no esté expresamente previsto en este Código, el fundamento y la extensión de la responsabilidad serán determinados con relación a los artículos de esta ley que prevean los delitos más semejantes". Artículo 16 del Código Penal soviético de 1926. La analogía en el Código Penal soviético es aplicable solamente en la materia regulada en la parte especial; el juez no puede inventar una nueva especie de culpa, de tentativa, etcétera, ni crear una nueva especie de pena. En esto difiere profundamente del arbitrio del juez de la Edad Media.⁸⁷

Parece pues evidente que la garantía de legalidad consagrada por el tantas veces citado principio "Nullum crimen, nulla poena sine lege", cuyo último *desideratum* es la seguridad jurídica del indiciado, está ligada por hilos impalpables a una filosofía netamente individualista, en tanto que el método analógico, cuya remota teleología parece ser el valor justicia, se nutre e inspira en una filosofía eminentemente social, vale decir, colectivista que, desatendiéndose un poco del interés individual, contempla el interés social o colectivo como más valioso: la eterna dictomía entre el interés de la sociedad y el interés del individuo. Como lo ha hecho observar el ya citado penalista argentino doctor José Peco: "El método analógico está directamente ligado a las cuestiones político-sociales de la sociedad contemporánea".

2.—LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL. (LEX EX POST FACTO).—El acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 establece la responsabilidad penal individual por violaciones del derecho internacional cometidas por actos de Estado para las que, al tiempo en que esas violaciones fueron cometidas, sólo existía la responsabilidad colectiva; así mismo el mencionado Acuerdo confiere carácter delictivo a

⁸⁷ J. ANGEL CENICEROS.—*Op. cit.* p. 67.

ciertos actos que cuando fueron cometidos no constituían violación alguna del derecho nacional o internacional existentes, sino únicamente violaciones a las reglas de la moral. Kelsen estima por consiguiente que dicho Acuerdo, por las razones y conceptos recién especificados, tiene realmente el carácter de derecho penal retroactivo (*lex ex post facto*). Empero, afirma el célebre jefe de la escuela de Viena, el derecho internacional no prohíbe, como las constituciones de algunos Estados nacionales, la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva, por cuya razón, concluye, el varias veces citado Acuerdo de Londres no está en oposición con el derecho internacional general en este aspecto.⁸⁸

Charles Rousseau, que es parco sobre este particular, afirma que se ha puesto en duda la legalidad de la acción de las Naciones Unidas por cuanto al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje conforme el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 fue contrario al principio de no retroactividad y a la regla "Nullum crimen, nulla poena sine lege"; pero, dice el profesor Rousseau, la objeción no es decisiva porque el derecho positivo anterior a 1939 había ya calificado la guerra de acto ilícito y la agresión, de crimen internacional. Cita el célebre maestro de la Facultad de Derecho de París en apoyo de su tesis el Pacto Bryan-Kellog en que se renunció solemnemente al recurso de la guerra como instrumento de política internacional y en cuanto a la calificación de la guerra de agresión como delito internacional cita el artículo 1o. del Tratado de Asistencia Mutua de 1923; el preámbulo del protocolo de Ginebra de 1924; la resolución adoptada el 24 de septiembre de 1927 por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones y la resolución votada el 18 de febrero de 1928 por la VI Conferencia Panamericana.⁸⁹

Nótese en consecuencia que, las razones que los citados tratadistas invocan para convalidar a la luz del derecho internacional el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje, son muy diversas; así, mientras Ch. Rousseau estima que no hubo en el caso aplicación retroactiva de normas penales de derecho internacional, Kelsen estima que sí hubo esa aplicación retroactiva y que no obstante ello

⁸⁸ H. KELSEN.—*Principios de derecho internacional público*. p. 119.

⁸⁹ CH. ROUSSEAU.—*Derecho internacional público*. p. 572.

la aplicación de los Acuerdos de Londres a los grandes criminales de guerra ya citados no está reñida con la naturaleza del derecho internacional general en virtud de que a juicio de Kelsen, el derecho internacional general no prohíbe, como lo hacen algunas constituciones estatales, la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva.

En cuanto a dilucidar si los instrumentos internacionales invocados por el profesor Rousseau ya habían calificado la guerra in género como acto ilícito y la agresión como crimen internacional, estima el suscrito que, no es el caso de entrar al examen del asunto no sólo porque la fuerza y autoridad de los argumentos del profesor de la Facultad de Derecho de París son concluyentes, sino porque no constituye el objeto del presente capítulo el examen crítico de la actuación del Tribunal de Nuremberg. Cabe sin embargo, hacer notar a este respecto una interesante opinión de Kelsen. Expresa Kelsen que la opinión de que el Acuerdo de Londres multicitado, al establecer la responsabilidad penal individual por los delitos contra la paz determinados en el artículo 6, inciso (a) de su Estatuto, no tiene fuerza retroactiva porque dicha responsabilidad penal individual había sido ya establecida por el Pacto Bryan-Kellog, no tiene fundamento jurídico ni en la redacción de este pacto ni en la intención de las partes contratantes.⁹⁰

Si en cambio, surge la cuestión de determinar: Primero.—Si efectivamente el derecho internacional general no prohíbe la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva. Segundo.—Como contribución de *lege ferenda*, lucubrar acerca de la conveniencia o inconveniencia de que el derecho internacional penal que de ahora en adelante se elabore, tenga fuerza retroactiva.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas el autor de este trabajo estima que la afirmación de Kelsen es muy discutible, ya que independientemente de que existan o no tratados internacionales que prohíban la aplicación retroactiva de su clausulado, para afirmarse válidamente que el derecho internacional general no prohíbe la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva sería necesario recurrir a falta de una

⁹⁰ H. KELSEN.—*Principios de derecho internacional público*. p. 119.

constitución política mundial inexistente, a una serie de tratados internacionales que establecieran la licitud de la aplicación retroactiva de sus cláusulas; de no existir esa serie de tratados tendría que recurrirse a las restantes fuentes del derecho internacional para indagar si ellas autorizan o cuando menos no prohíben la aplicación retroactiva del derecho internacional general. Es de sostenerse, a la luz que sobre el particular da el maestro Rousseau, lo siguiente: "En definitiva, prescindiendo de la fuente convencional y de la consuetudinaria, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sólo consagra con carácter de fuentes autónomas los principios generales del derecho y la equidad".⁹¹ "Los principios generales del derecho se hallan integrados, en primer lugar, por los principios comunes al orden jurídico interno y al orden jurídico internacional. En su mayor parte son reglas de derecho material (el principio *Pacta sunt servanda*, el principio de *El abuso del derecho*, el de *El respeto a los derechos adquiridos*, etcétera)".⁹²

Ahora bien, el fenómeno de la retroactividad de la ley está íntimamente vinculado a la noción del *respeto a los derechos adquiridos*, ("una ley es retroactiva cuando destruye o restringe un derecho adquirido bajo el imperio de una ley anterior". Merlin),⁹³ cabría concluir que, conforme a los principios generales del derecho, la aplicación retroactiva de las normas jurídicas está prohibida en términos generales en el derecho internacional público. Lo controvertible del asunto surgiría al ser aplicada esta noción general al derecho internacional penal, pues sería absurdo y grotesco hablar del derecho adquirido a cometer hechos delictuosos.

En cuanto a la conveniencia o inconveniencia de que el derecho internacional penal que de ahora en adelante se elabore tenga fuerza retroactiva, conviene tener en cuenta las siguientes premisas:

No sólo sería absurdo y grotesco hablar de un derecho adquirido a cometer hechos delictuosos; sería además inmoral. La institución de la no retroactividad de la ley está perfectamente justificada en tratándose de

⁹¹ CH. ROUSSEAU.—*Op. cit.* p. 65.

⁹² *Ibidem.* pp. 66 y 67.

⁹³ Citado por E. GARCÍA MÁRQUEZ.—*Introducción al estudio del derecho*, p. 390.

asuntos jurídicos de carácter civil o administrativo. En materia penal se impone la siguiente distinción: "delicta mala in se" y "delicta mala quia prohibita"; delitos malos en sí, intrínsecamente inmorales y delitos desprovistos de inmoralidad intrínseca y que son tales solamente por estar prohibidos por la ley positiva.

Si el derecho penal general ha sido reputado como garantía de acatamiento de un mínimo de moralidad que haga posible la convivencia social; si el delito está constituido por "la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad" (Garófalo); si, como quiere Carnelutti, "el derecho se define como ética impuesta y reforzada artificialmente, cuya imposición opera sobre todo a través de la sanción", o sea que "el orden jurídico es el orden ético sancionado", debe concluirse que el derecho internacional penal trata de garantizar coactivamente un minimum de moralidad internacional que haga posible una convivencia civilizada entre los Estados.

Por otra parte, los valores que trata de realizar la ética no son susceptibles de cambiar ni en el tiempo ni en el espacio; son intemporales e inespaciales o, para decirlo en forma positiva, son eternos. El "No matarás" del Decálogo tendrá validez indefinida por los siglos de los siglos; y esa validez no depende de la estimación del sujeto obligado por la norma moral, porque su índole es intrínsecamente objetiva, vale en sí y por sí (Husserl, Hartmann, Scheller, etcétera).

Parece conveniente, por tanto, que el derecho internacional penal que de ahora en adelante se elabore, tenga fuerza retroactiva en tratándose de los delitos intrínsecamente inmorales como el genocidio (delicta mala in se); no en cambio en tratándose de aquellos que, desprovistos de inmoralidad intrínseca, pudieran configurar un tanto artificiosamente el derecho positivo, como lo han hecho en repetidas ocasiones no pocas legislaciones nacionales del orbe. Tal vez, si se procede de este modo, la recta conciencia de los gobernantes y funcionarios públicos se oriente justa y atinadamente por virtud de su sentido de lo ético hacia la no comisión de hechos de dudosa antijuridicidad pero de indudable inmoralidad. Va de por medio en ello la supervivencia de la humanidad y la preservación de la especie.

3.—LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.—Conforme a los distintos sistemas de derecho penal de cada país, por regla general los delitos son prescriptibles. Esto es, pasado o transcurrido determinado lapso cuya extensión cada orden jurídico positivo nacional establece, las infracciones penales dejan de ser legalmente perseguibles, es decir, prescriben; y si alguien es indebidamente perseguido y procesado en virtud de un crimen prescrito, el procesado tiene derecho a que el juzgador, computando el término de la prescripción, haga la declaración de que, a virtud de haber transcurrido el término legal de aquella, no debe ya perseguirse. Raúl Carrancá Trujillo dice que “los fundamentos a que atiende modernamente la prescripción son: que si se trata de la acción penal puede considerarse contrario al interés público mantener indefinidamente una imputación delictuosa, que las pruebas se debilitan con el transcurso del tiempo, que la substracción de la justicia efectuada por el delincuente es de por sí suficiente sufrimiento y que, último, el daño mediato y la razón política de la pena dejan de existir. En cuanto a la pena, el fundamento principal es el no uso del Estado a ejecutarla”.⁹⁴

La prescripción es una institución establecida por razones de seguridad jurídica, porque si bien es cierto que el delito, como hecho antisocial debe perseguirse, no menos cierto es que a veces resulta para la sociedad, tan perjudicial la perpetración del delito como su extemporánea persecución. La situación jurídica de las personas requiere un mínimo de estabilidad y firmeza y éste es el fundamento último de la prescripción. Se sacrifica el valor justicia en aras de un valor de rango inferior en la escala axiológica, pero de utilidad práctica innegable: la seguridad jurídica.

En noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una convención que declara imprescriptibles los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, tal como están definidos en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg. Entre los crímenes contra la humanidad, la Convención aprobada menciona expresamente “Los actos inhumanos derivados de la política del *Apartheid*, así como el crimen

⁹⁴ Citado por CARLOS FRANCO SODI.—*Nociones de derecho penal*, p. 137.

de genocidio". Esta Convención entró en vigor el día 11 de noviembre de 1970.

El poder ejecutivo federal del Estado Mexicano suscribió esa Convención de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de guerra; mas nuestra Cámara de Senadores se abstuvo de ratificarla en uso de la facultad discrecional que le confiere la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de la República fundando su resolución constitucional en que la citada Convención de imprescriptibilidad contraría lo establecido por el artículo 14 constitucional. Ni el artículo 14 constitucional ni ningún otro precepto de nuestra Carta Magna se refiere a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de los delitos por la sencilla razón de que esta materia la reservó el constituyente al legislador ordinario. El artículo 14 constitucional se refiere a la irretroactividad de las leyes, lo cual nada tiene que ver con la imprescriptibilidad de los delitos. Sea como fuere, la Convención Internacional que declara imprescriptibles los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra entró en vigor desde el día 11 de noviembre de 1970 y en la actualidad está vigente.

Votaron en contra de la citada Convención: Australia, los E.E.U.U., Africa del Sur, Portugal, Gran Bretaña, Honduras y El Salvador. Se abstuviéron: Francia, Japón y la mayor parte de los países occidentales y de la América Latina. No obstante, esta Convención fue adoptada por 58 votos en favor, 7 en contra y 36 abstenciones, de manera que, conforme al apartado 3 del artículo 18 de la Carta de las Naciones Unidas, es perfectamente obligatoria después de haber sido ratificada por un mínimo de diez Estados miembros de las Naciones Unidas.

La Convención de la Asamblea General de las Naciones Unidas que declara imprescriptibles los crímenes contra la humanidad y los de guerra está ampliamente justificada desde el punto de vista axiológico. Los bienes jurídicos tutelados por el derecho internacional penal son de tal manera importantes y trascendentales que resulta conveniente, desde todo punto de vista, protegerlos por medio de una tutela especialísima que perdure a través de los años a fin de que sólo la muerte del presunto reo le permita sustraerse a la acción de la justicia; esa tutela especialísima es la imprescriptibilidad. De este modo la seguridad jurídica cede, excepcionalmente,

ante el imperativo de un valor de rango superior en la escala axiológica: la justicia.

Se discute a menudo el valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas, toda vez que en la Conferencia de San Francisco (abril-junio de 1945), se rechazaron todas las tentativas para otorgar a la Asamblea General en una forma o en otra, facultades para promulgar legislación penal. La Conferencia rechazó por 26 votos contra uno, la propuesta filipina en el sentido de que la Asamblea General pudiera promulgar reglas de derecho internacional que se convirtieran en obligatorias para los miembros de la Organización una vez que hubieran sido aprobadas por un voto mayoritario del Consejo de Seguridad.⁹⁵

No obstante, como expresó el gobierno holandés en su Memorandum de 18 de agosto de 1950 relativo al Proyecto de Declaración sobre Derechos y Deberes de los Estados elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas: "La Asamblea General no posee una competencia legislativa que obligue de manera general a los Estados interesados; no se podría negar, sin embargo, que las resoluciones de la Asamblea General constituyen en cierta medida una fuente de derecho".⁹⁶

Y como atinadamente observa el licenciado Jorge Castañeda. "El carácter jurídico de una práctica o de un principio deriva en última instancia de las actividades realizadas o de actitudes asumidas por los Estados, y depende de la apreciación y significado que atribuya la comunidad internacional a esas actividades o actitudes de sus miembros. Por ello, un órgano ampliamente representativo como la Asamblea General está especialmente calificado para apreciar y evaluar esas actividades estatales y para expresar mediante resoluciones declaratorias el significado que la comunidad internacional les atribuye. Estas resoluciones de la Asamblea General no crearán derecho, pero pueden probar con autoridad, su existencia".⁹⁷

⁹⁵ Uncio, Vol. IX, p. 70.

⁹⁶ *Documentos de la sexta reunión ordinaria de la asamblea general*. Anexos, tema 48 de la Agenda, p. 9.

⁹⁷ JORGE CASTAÑEDA.—*Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*. El Colegio de México, 1967. México, p. 176.

Por lo demás, como hace notar el propio licenciado Castañeda, “el reconocimiento y expresión formal de una regla consuetudinaria o de un principio general de derecho por la Asamblea General constituye una presunción juris et de jure de que tal regla o principio forma parte del derecho internacional positivo, frente a la cual, la posición individual contraria carece de eficacia jurídica”.

Los alcances prácticos de la declaración de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y de guerra constituirán una espada de Damocles para los grandes y pequeños dirigentes estatales del mundo que se excedan en el ejercicio del poder y entren de lleno a los dominios del derecho penal. Su persecución y castigo tan sólo dependerá de la decisión y el empeño del ministerio público o de quien haga sus veces puesto que —se suponen reunidas todas y cada una de las condiciones jurídicas y de los requisitos de procedibilidad para una persecución penal exitosa, incluyendo la no prescriptibilidad de esos crímenes— esta clase de delitos pueden ser perfectamente perseguidos tanto en lo nacional como en lo internacional, según el radio de acción de los agentes delictivos. Pareciera que la declaración de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y del crimen de genocidio que acaba de hacer la Asamblea General de las Naciones Unidas es un claro y ominoso signo de que se trata de crímenes tan monstruosos y crueles que no merecen ni el perdón humano ni el divino.

CAPÍTULO V

FUNDAMENTACION DE LA JURISDICCION INTERNACIONAL PENAL

CUANDO Jean Paul Sartre se dirigió a fines de abril de 1967 al Presidente de Francia, General Charles De Gaulle, invocando su intervención para que fuera anulada la prohibición de que el historiador yugoeslavo Vladimir Dedijer pudiera asistir, en su calidad de Presidente de Sesiones, a las reuniones que el "Tribunal Russell" para el enjuiciamiento de la política de los Estados Unidos en Vietnam debería celebrar en la ciudad de París, el ilustre ex-jefe de la resistencia gala en el exilio de los tiempos de la II Guerra Mundial contestó, en su calidad de Jefe del Estado Francés al célebre filósofo existencialista en los términos siguientes: "Los animadores del Tribunal Russell se proponen criticar la política de los Estados Unidos en Vietnam. No hay en ello nada que pueda mover al gobierno a restringirles la libertad normal de reunión y expresión. Además, Ud. sabe lo que piensa el gobierno acerca de la guerra de Vietnam y lo que yo mismo he dicho públicamente y sin rodeos. Independientemente de que la pluma y la palabra son libres entre nosotros, mal se podría amordazar a particulares cuyas tesis sobre este punto son, por añadidura, afines a la posición oficial de la República Francesa".

"Ahora bien, no se trata aquí del derecho de reunión, ni de la libertad de expresión, sino del deber, tanto más imperioso para Francia porque ella, en el fondo, ha adoptado la posición conocida, de velar porque un Estado con el cual está en relaciones y que, pese a todas las discrepancias, sigue siendo un amigo tradicional, no sea objeto, en el territorio de ella, de un procedimiento que se aparta del derecho y de los usos interna-

cionales. Tal parecería ser el caso de la acción emprendida por Lord Russell y sus amigos, pues procuran dar una apariencia judicial a sus investigaciones y el aspecto de un veredicto a sus conclusiones. No es a usted a quien enseñaré que *toda justicia, tanto en su principio como en su ejecución, corresponde exclusivamente al Estado*.⁹⁸ Sin cuestionar los móviles que inspiran a Lord Russell y a sus amigos, debo hacer constar que no están investidos de ningún poder, ni han recibido ningún mandato internacional, y que por tanto no podrían cumplir ningún acto de justicia". Por ello nuestro gobierno se ve obligado a oponerse... etcétera".⁹⁹

Independientemente de la contradicción implícita en la postura adoptada en esta carta misiva por el Jefe del Estado Francés, puesto que si él mismo reconoce que el Tribunal Russell no estaba investido de ningún poder, ni había recibido ningún mandato internacional y por tanto no podría cumplir ningún acto de justicia, mal podrían ser objeto los Estados Unidos de un procedimiento que se apartara del derecho y de los usos internacionales por las actividades del llamado Tribunal Russell puesto que, en definitiva, sus investigaciones, considerandos y conclusiones sólo redundarían en una crítica más hacia la política de aquellos en Vietnam. Y esa actitud crítica es lo primero que el Presidente de Francia proclama como libérrima en su país. Independientemente de esta contradicción, debe llamarse la atención sobre el principio proclamado en la carta transcrita, a saber: "*Toda justicia, tanto en su principio como en su ejecución corresponde exclusivamente al Estado*".

Si se acepta como válido este principio, implícito por lo demás en la fundamentación de toda jurisdicción, tanto nacional como internacional, no se podría arribar nunca a una conclusión factible para fundamentar la jurisdicción internacional penal. "Si el derecho a castigar históricamente nace, se desarrolla y afirma, junto con el nacimiento, desarrollo y afirmación del poder del Estado, al extremo de que, hemos afirmado, el *Jus Puniendi* es atributo de soberanía, es lógico concluir que donde falta

⁹⁸ El subrayado es del autor de este trabajo.

⁹⁹ Carta misiva del General Charles De Gaulle al filósofo Jean Paul Sartre de fecha 14 de abril de 1967.

soberano no puede existir derecho a castigar, por la muy sencilla razón de que éste no es concebible sin un titular a quien corresponda".¹⁰⁰

"Ahora bien, cuál es el soberano internacional, valga la torpe expresión tan sólo en tanto es gráfica de mi idea, donde está digo, ese soberano titular del *jus puniendi* internacionalmente considerado? No existe, y si no existe, no existe tampoco su "derecho a castigar", ni pueden existir órganos jurisdiccionales que le sean propios".¹⁰¹

"La jurisdicción, atributo también de la soberanía, para que tenga eficacia, posee entre sus características el *imperium* y éste es exclusivamente del Estado soberano, de donde resulta que un supuesto tribunal penal internacional, carente de toda base, por ausencia, como dije, del organismo internacional soberano del que dependa, sería incapaz de hacer justicia pues sus fallos, sin fuerza ejecutiva bastante, quedarían expuestos al ridículo ante los ojos de todos los países".¹⁰²

En igual sentido se pronuncia el maestro Octavio Véjar Vázquez: "El derecho a castigar es atributo de la soberanía y como no existe un poder soberano internacional es evidente que no hay titular de ese derecho en las causas mencionadas. Por otra parte, la jurisdicción posee entre sus elementos el *imperium* y éste es exclusivo del Estado soberano, de manera que no existiendo organismo internacional soberano, la jurisdicción abierta carece de *imperium*".¹⁰³

Kelsen mismo abunda en esta postura. "Del principio de derecho internacional general de que ningún Estado tiene jurisdicción sobre otro Estado, resulta la restricción más importante de la esfera de validez personal y de la territorial del orden jurídico nacional, o lo que es lo mismo, de la jurisdicción del Estado. Este principio se presenta comúnmente como una

¹⁰⁰ CARLOS FRANCO SODI.—*Racismo, antirracismo y justicia penal. El tribunal de Nuremberg*. Andrés Bolas, editor. México, 1946. p. 149.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² CARLOS FRANCO SODI.—*Op. cit.* p. 149.

¹⁰³ OCTAVIO VÉJAR VÁZQUEZ.—*Autonomía del derecho militar*. Edit. Stylo. México, 1948. p. 70.

consecuencia del derecho fundamental de igualdad y se le formula como *Par in parem non habet imperium* ("los iguales no tienen jurisdicción uno sobre el otro"). La jurisdicción a que se refiere el principio, es la jurisdicción ejercida por los tribunales del Estado. A ningún Estado le está permitido ejercer por intermedio de sus propios tribunales, jurisdicción sobre otro Estado, a menos que el otro Estado lo consienta expresamente".¹⁰⁴

Como se ve, la incapacidad para concebir la función jurisdiccional desligada de la noción de Estado soberano origina, por vía de consecuencia, la incapacidad de concebir la jurisdicción internacional penal debidamente legitimada conforme a derecho. El razonamiento clásico es el siguiente: el *jus puniendi* corresponde al Estado soberano. Toda justicia, tanto en su principio como en su ejecución, corresponde exclusivamente al Estado. Y como los iguales no tienen jurisdicción uno sobre otro ("*Par in parem non habet imperium*"), resulta que a ningún Estado le está permitido ejercer por medio de sus propios tribunales, jurisdicción sobre otro Estado, a menos que el otro Estado lo consienta expresamente. De este modo la fundamentación de la jurisdicción internacional penal está irremisiblemente condenada a fracasar desde su base.

Debe, desde luego, dejarse establecido que en el concepto clásico de jurisdicción coexisten dos elementos substancialmente diversos entre sí: uno de índole jurídico-política y el otro de carácter lógico. El primero lo constituye, en la materia penal, la facultad de castigar, el *jus puniendi* que, se dice, es inherente al Estado soberano. En la materia civil este elemento consiste en la facultad de ejecutar coactivamente la sentencia, ya sea por medio de embargo o por cualquier otro medio; así mismo la facultad de declarar el derecho en las sentencias puramente declarativas es una de las facetas del elemento jurídico-político de la jurisdicción. El elemento lógico consiste en una operación silogística, en un silogismo cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable al caso concreto y cuya premisa menor es el acto jurídico o el hecho puesto *en tela de juicio*, es decir, a discusión. El elemento jurídico-político ostenta, ya sea en la materia civil, ya en la penal, el sello común de traducir una facultad monopolizadora del Estado, la de decir la última palabra en toda controversia jurídica.

¹⁰⁴ H. KELSEN.—*Principios de derecho internacional público*. p. 203.

Esa última palabra es la llamada verdad legal. "La actuación del derecho, sea cual fuere la persona que la realice y la forma en que lo haga, opérase siempre mediante un juicio lógico y un silogismo que tiene como premisa mayor la norma jurídica, como premisa menor el acto jurídico que ha de realizarse para satisfacción del propio interés, y como conclusión la ejecución del acto y sus consecuencias jurídicas".¹⁰⁵

Desatenderse de esta obvia dualidad es la causa y origen de la incapacidad para concebir la función jurisdiccional desligada del *imperium* inherente a la soberanía del Estado. Tan pronto como se perciba que el *jus puniendi* del Estado soberano puede ser trasladado a una entidad internacional, espelnde nítido el elemento lógico-jurídico de la función jurisdiccional: la verificación de un silogismo, lo cual puede ser perfectamente realizado por cualquier persona (árbitros) o entidad (Estado), como lo proclama con toda sencillez Ugo Rocco: "la actuación del derecho, sea cual fuere la persona que la realice...".

Ahora bien, ni el *jus puniendi* de la materia penal, ni el elemento lógico-jurídico invívito en toda clase de función jurisdiccional son de la esencia del Estado soberano. Históricamente el *jus puniendi* correspondió en primer lugar a la familia, a la tribu y al pueblo; posteriormente al soberano. En un estadio posterior de la evolución política de los pueblos, el príncipe, el soberano, se arroga el monopolio de ese derecho por las indiscutibles ventajas que, para la conservación del poder, traía aparejado ese monopolio; es decir, fueron razones políticas las que obligaron al soberano a monopolizar la función jurisdiccional y otras de indudable interés social. Pero la verdadera justicia debe extraer la justificación de su poder, de su *imperium*, a la vez del Estado y del pueblo. Así lo concibió la revolución francesa que instituyó los jurados para que el ciudadano participara en ella. Nuestro jurado popular evoca asimismo ese origen.

"En el período de formación del Estado, por efecto de la incompleta consolidación del organismo estatal, la realización de los intereses individuales amparados por las normas jurídicas, en gran parte se hallaba confiado al interesado o al grupo a que pertenecía. La incertidumbre de la tu-

¹⁰⁵ Ugo Rocco.—*Teoría general del proceso civil*. Edit. Porrúa. México, 1959, p. 34.

tela del derecho concedida a algunos intereses concretos, vencida quedaba, o bien porque el más fuerte lograba hacer valer la propia opinión, o bien porque los interesados se remitían al juicio de un tercero. La inobservancia, por parte del obligado por la norma, que amparaba de modo cierto un interés determinado, era vencida por la fuerza física del individuo o del grupo; vigente estaba entonces el sistema de la defensa privada o autodefensa".¹⁰⁶

"Mas, llegado el derecho al estadio de su madurez y reforzada la autoridad del Estado, la realización de los intereses individuales, amparados por las normas jurídicas, se convirtió en un problema de alta importancia social y política, de modo que más y más se vino restringiendo siempre el límite de la defensa privada, por lo que hoy, en el Estado moderno, a poquísimos casos se halla circunscrita".¹⁰⁷

"En los períodos en que aún duraba la formación del Estado y no era un hecho realizado la consolidación del organismo estatal y con ella la afirmación de la autoridad del Estado, la realización de los intereses individuales protegidos por el derecho se hallaba en su mayor parte confiada y sometida al interesado: la incertidumbre de la acordada tutela del derecho desaparece vencida en cuanto el más fuerte lograba hacer que triunfara la propia opinión, o en cuanto los interesados se remitían al juicio de un tercero".¹⁰⁸

"Y ciertamente, toda controversia entre personas o grupos diferentes, daba lugar en un principio a una lucha entre los individuos y los grupos. En los comienzos de la civilización de Roma la represalia contra las ofensas entre los grupos sociales menores constituía un verdadero y propio derecho, que competía a los núcleos mismos. Y aún en el derecho germánico el ejercicio de la defensa privada quitaba la posibilidad de un reglamento

¹⁰⁶ Ugo Rocco.—*Op. cit.* p. 36.

¹⁰⁷ *Ibidem.* p. 36.

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 38.

jurídico de los conflictos, aún en los períodos en que, formada ya la organización estatal, se abrió la vía a una persecución judicial del derecho".¹⁰⁹

"En una fase intermedia, realizada la función de los grupos y núcleos menores, bajo un poder central y común, y constituido así el Estado, éste se limitó a asumir una función pacificadora, o sea interviniendo como árbitro para arreglar las controversias privadas. El fin primero del juicio fue, por lo tanto, substituir a la defensa privada y a la violencia un acuerdo entre las partes bajo el control del Estado, y la sentencia se limitó en primer término a fijar una composición, a que la paz quedaba condicionada; mas, llegado el derecho a su perfecta madurez y reforzada la autoridad del Estado, la realización de los intereses amparados por las normas jurídicas se convirtió en una función pública que se avocó el Estado por aquellos motivos de interés social que hemos recordado".¹¹⁰

Debe sostenerse en consecuencia que, en no siendo los elementos lógico y político de la función jurisdiccional de la esencia del Estado soberano, no existe impedimento racional para trasladar el jus puniendi que la tradición reputa como inseparable de aquél a una entidad internacional que, en nombre de los más altos intereses de la humanidad y de todos los pueblos, se arroge la facultad de declarar el derecho penal en casos de controversias internacionales que afecten la moral internacional, los más altos intereses del género humano y los más elementales derechos humanos del individuo. Así lo entiendo Shabtai Rosenne, quien expresa: "la jurisdicción no es función del gobierno, sino un acto colectivo y voluntario de parte de un número de Estados coordinados y libres que de hecho consienten en llevar parte de sus derechos soberanos capacitando a una Corte Internacional para actuar, siendo ésta la identidad esencial entre el objeto de los procedimientos y la jurisdicción de la Corte en un caso concreto". Y aún cuando esta definición de Rosenne incide en la noción aquí censurada "llevar parte de sus derechos soberanos", lo cual implica seguir considerando que la función jurisdiccional es de la esencia de la soberanía del Estado, ofrece el gran progreso de declarar definitiva y terminantemente

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 38.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 38.

que la jurisdicción no es función del gobierno, sino un acto colectivo y voluntario de parte de un número de Estados coordinados y libres, etcétera. ¹¹¹

Quintano Ripollés estima que ese tribunal internacional penal tiene que ser forzosamente el que, después de una conflagración, le impongan los vencedores a los vencidos y que llegada la hora de ésta el derecho penal a aplicarse volverá a ser necesariamente inorgánico e improvisado con no mejores perspectivas de perfección que el de 1945. En apoyo de esta afirmación argumenta: "Orillada la cuestión previa de índole estético sentimental, inoportuna quizás ante la calidad moral y escasamente bella de los encartados queda en pie la censura que hace mérito a la recusación por ser los incriminadores parte interesada, como vencedores y precedentes víctimas en los pretendidos delitos. Es esta una argumentación de tipo ideal que sólo puede aceptarse en tal terreno, no en el de la práctica de la justicia humana de todos los días y en cada país no sólo en lo internacional. Pues la verdad es que en su imperfección evidente, *dicha justicia la dicta e impone siempre el vencedor, o una ideología contraria a la del que resulte frente a ella acusado*. En toda la criminalidad política de todos los países, *las leyes las hacen los que triunfaron y las imponen tribunales que comulgan con su propio ideal*. Incluso en el orden de la delincuencia común el Juez que condena a un ladrón, cree seguramente en la licitud del derecho de propiedad y no secunda la opinión prudhoniana de que ésta sea un robo. Y es que, como la más elemental ciencia jurídica enseña, la fuerza que posibilita la coacción siquiera sea *en* el sentido delvechiano de "coactividad", es el elemento consubstancial al derecho. En el juego de voluntades que éste siempre supone, la imperante es la definidora de lo jurídico y la imperada la que de grado o por fuerza se somete a su decisión. Pretender una realidad de justicia ejercida por los vencidos es no ya una utopía sino un contrasentido conceptual, que sin embargo tuvo su ejemplo histórico bien aleccionador en la farsa de los fallos del tribunal de Leipzig a raíz de la Primera Guerra Europea. Quedaba, cierto es, una

¹¹¹ SHARTAI ROSENNE.—*The International Court of Justice; An Essay Political and Legal Theory*. Leyden. A. W. Sythoffs Witge versmaatschapping. N. Y. 1957. p. 253. Citada por el maestro Gil Gil Massa en su tesis profesional: *La llamada cláusula facultativa y su aplicación en el orden internacional*.

posibilidad de mayor extensión en la composición de los tribunales, dando incluso acceso a magistrados de los países neutrales, pero ese innegable defecto es achacable más bien a consideraciones políticas y en ningún modo arguye contra la justicia material de sus fallos, ni aún contra la formalidad de su competencia".¹¹²

"Los vicios e insuficiencias de la jurisdicción *Ad Hoc* de la post guerra son los inherentes al derecho internacional penal como tal en el estado de la evolución en que se encontraba en 1945 y en el que, con escasas variantes, sigue encontrándose aún. La falta de un derecho material o sustantivo específicamente internacional penal, apenas esbozado en las convenciones humanitarias y sobre el genocidio, y sobre todo la de una estructura procesal y orgánica eficiente y con carácter de permanencia, sigue aquejando a la comunidad internacional, dividida por añadidura hoy como ayer en dos bloques inconciliables. Los consabidos prejuicios y recelos y antes que nada, el de la absoluta soberanía estatal, valladar constante de todo progreso jurídico internacional, han obstaculizado hasta el presente las mejores intenciones y propuestas de los científicos. *Llegada pues la hora de otra conflagración y repetidas las condiciones de hecho, el derecho a aplicar volverá a ser forzosamente inorgánico e improvisado con no mejores perspectivas de perfección que el de 1945*".¹¹³

No es posible admitir semejantes conclusiones, ya que no deben identificarse justicia y venganza. Nuremberg y Tokio pueden ser considerados acertadamente como meritorios jalones en la lucha de la humanidad por el establecimiento de la jurisdicción internacional penal, pero jamás como arquetipos o paradigmas de la justicia. La justicia será siempre expresión de un ideal de equilibrio, de equidad, que impele a dar a cada quien lo que le corresponde. La venganza en cambio encarna un bajo sentimiento instintivo que altera la razón y embota el sano juicio. Si la justicia es correspondida con justicia ni las partes ni el todo desmerecen, ni el fuerte

¹¹² ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I, pp. 382 y 383.

¹¹³ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I, pp. 382 y 383. El subrayado es del autor de este trabajo.

ni el débil tienen por qué sufrir. En cambio, cuando la venganza es correspondida con venganza, triunfa el fuerte, padece el débil, y se benefician algunas partes en detrimento del todo. Lamentablemente no puede reputarse como justicia lo que se perpetró en Nuremberg y en Tokio. Y precisamente para evitar semejantes casos es necesario que la comunidad internacional se dé cuenta de la urgente necesidad de ensayar el establecimiento de la jurisdicción internacional penal antes de que, llegada una nueva conflagración, sea necesario repetir el desafortunado ensayo de aquellos tribunales militares.

Así pues debe estimarse, como una consecuencia de lo anterior, que el precio que tendrá que pagar la humanidad por no crear previsoramente el Tribunal Internacional de Justicia Penal antes de que otra conflagración mundial obligue a crearlo apresuradamente como una necesidad vindictiva, será la necesaria desnaturalización de la justicia que imparta por efecto de los odios y las venganzas desatadas por la barbarie bélica, por la voráGINE de las pasiones y por los intereses creados.

Ahora bien, la creación del tribunal internacional penal es perfectamente compatible con la noción de Estado soberano. Aun dentro de la concepción de los más encarnizados defensores de esta noción, como Hermann Heller, es factible la legitimación de la jurisdicción internacional penal. "La idea de soberanía, entendida como la universalidad de la decisión para un territorio, permite comprender fácilmente que el concepto jurídico-político de supremo, de ninguna manera quiere decir único. Sólo el racionalismo jurídico, que niega la relación entre derecho positivo y territorio, que disuelve al Estado en el derecho y que trasmuta el orden jurídico concreto e individualizado en el derecho abstracto de la ciencia del derecho, tiene que concluir que la soberanía de un Estado excluye la soberanía de otros Estados".¹¹⁴ "Ahora bien, la relación dialéctica entre soberanía y positividad, incomprensible para el formalismo logicista, parece provo-

¹¹⁴ HERMANN HELLER.—*La soberanía*. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Universidad Nacional de México, México, 1965. Traducción del doctor Mario de la Cueva. p. 226.

car una grave dificultad, a saber, que la unidad decisoria soberana debe pensarse ligada por el derecho internacional y, por otra parte y en cierta dirección, debe considerarse libre".¹¹⁵

"Toda la problemática del derecho internacional, desde Grocio hasta Locarno se funda, por una parte, en el imprescindible concepto de soberanía y, por otra, en la sujeción normativa del sujeto de la soberanía al derecho internacional. A la terminación de la Primera Guerra Mundial, con la Sociedad de las Naciones, de la Corte y de una jurisdicción internacionales, el problema se ha visto complicado, si bien creemos no se han modificado sus aspectos fundamentales".¹¹⁶

¹¹⁵ *Ibidem.* p. 226.

¹¹⁶ *Ibidem.* p. 226.

CAPÍTULO VI

FIGURAS DELICTIVAS DE LA CRIMINALIDAD INTERNACIONAL

- 1.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
- 2.—LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y EL CRIMEN DE GENOCIDIO EN LA DOCTRINA.
- 3.—LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y EL CRIMEN DE GENOCIDIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL POSITIVO Y EN LA JURISPRUDENCIA.—EL CRIMEN DE GENOCIDIO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.
- 4.—ELEMENTOS TIPIFICADORES DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y DEL GENOCIDIO.
- 5.—GENOCIDIO POLÍTICO Y GENOCIDIO CULTURAL.—IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE QUE EXISTA EL GENOCIDIO ECONÓMICO.

1.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—El término GENOCIDIO es de muy reciente factura; fue acuñado por el jurista polaco Raphael Lemkin durante la Segunda Guerra Mundial y figura por primera vez en la obra "Axis Rule in Occupied Europa" publicada en Washington en 1944 por la Fundación Carnegie. Se trata de un neologismo híbrido ya que está compuesto por una voz griega, *Genos* (agrupación humana o étnica) y por un término latino que significa matar. Sin embargo, el genocidio en sí es tan antiguo como la Humanidad. Hasta la fecha no ha habido una sociedad cuya estructura le impidiera cometer ese crimen. Cada caso particular de genocidio es un producto histórico que lleva el sello de la sociedad que prohibió su aparición.

El emperador romano Tito, a quien calificaban de "delicia humana" por el hecho de que daba por perdido el día que no realizaba un beneficio en favor de sus semejantes, fue autor de uno de los crímenes de genocidio más perfectos de la historia antigua al ordenar la destrucción integral de Jerusalem en el año 70 de nuestra Era. Julio César mismo, paradigma de heroísmo y sabiduría política, tan admirado por sus dotes militares como por su clemencia, arrastró tras su carro triunfal y sepultó en los fosos de la prisión Mamertina al caudillo de la independencia gala, Vercin gtorix. En la conquista de Venecia vendió como esclavos a todos sus habitantes, respetando eso sí el alto rango de sus senadores, a quienes hizo degollar en atención a su categoría, salvo los que se le sometieron incondicionalmente. Demasiado prolijo resultaría narrar todos los horrores que acompañaron normal e inevitablemente a las guerras en la antigüedad, en las que el exterminio del adversario, el *delenda est*, era norma de conducta inveterada, sin hacer mención del holocausto propiciatorio y vindicativo de los soberanos vencidos y la consiguiente esclavitud de sus pueblos.

A lo largo del siglo pasado y hasta la fecha se han perpetrado innumerables actos genocidas cuyas causas, al decir de sociólogos y economistas, deben buscarse en la estructura de las sociedades capitalistas. Ante la necesidad de exportar sus productos y sus capitales, las grandes potencias, particularmente Francia e Inglaterra, establecieron los imperios coloniales. El nombre que los franceses dieron a sus colonias —posesiones de ultramar— indica claramente que obtuvieron esos territorios mediante guerras de agresión. El adversario fue atacado en su propio país, en Africa o en Asia, en las naciones subdesarrolladas, y lejos de emprender contra él una "guerra total", lo cual hubiera requerido un equilibrio inicial de fuerzas, las potencias colonialistas, con la desbordante superioridad de sus armas, solamente comprometieron en esas guerras fuerzas expedicionarias limitadas. La victoria fue fácil cuando menos en términos militares convencionales. Pero debido a que estas descaradas agresiones encendían el odio de la población civil y puesto que los civiles eran rebeldes y soldados en potencia, las tropas colonialistas mantenían el mercedario respeto de que disfrutaban por medio del terror, o sea, echando mano de continuas masacres. Estas masacres tenían un carácter genocida: su designio era la destrucción de "una parte de un grupo étnico, nacional

o religioso", con la deliberada finalidad de aterrorizar al resto y diezmar a la sociedad indígena.

Después de la sangrienta conquista de Argelia en el siglo pasado, los franceses impusieron su Código Civil con sus conceptos jurídicos de propiedad y herencia a una sociedad tribal en la que el régimen de propiedad de la tierra era comunal. En esta forma destruyeron sistemáticamente la infraestructura económica del país y muy pronto las tribus campesinas vieron sus tierras en manos de los especuladores franceses. Evidentemente la colonización no es sólo una cuestión de conquista, como lo fue la anexión de Alsacia-Lorena por los alemanes; por su naturaleza propia la colonización es un acto de depredación cultural. A este aspecto del genocidio se habrá de hacer referencia en este capítulo. No puede tener lugar sin la aniquilación metódica de todas las características de la sociedad nativa, a la vez que se resiste a integrar a esos nativos a la metrópoli, negándose además a concederles cualquier otro derecho a las ventajas de ésta. El colonialismo es un sistema económico: la colonia vende a un precio reducido sus materias primas y sus cosechas al poder colonialista. Este en cambio vende a la colonia productos manufacturados o industriales a precio de mercado mundial. Este ventajoso sistema comercial solamente es posible por la existencia de un subproletariado colonial forzado a trabajar por sueldos miserables. Para un pueblo o una raza avasallados eso significa la extinción inevitable de su carácter nacional, de su cultura, de sus costumbres, y en no pocas ocasiones hasta de su idioma, el cual resulta a la larga, si no totalmente transformado, sí cuando menos parcialmente corrompido, convirtiéndose la lengua nacional en "una jerga confusa de barrosa fe de bautismo, y al fin de cuentas, reducida a la condición de dócil tributaria de culturas rivales", como dijo Dámaso Alonso, Secretario Perpetuo de la Real Academia Española de la Lengua.

Durante la Primera Guerra Mundial la intención genocida sólo aparece esporádicamente. Al igual que en siglos anteriores, el objetivo principal era aplastar el poderío militar del enemigo y sólo secundariamente arruinar su economía. Pero a pesar de que había una distinción clara entre civiles y soldados, todavía era poco frecuente, salvo algunas incursiones terroristas, que la población civil fuera considerada como un blanco

específico. Por otra parte, las naciones contendientes, o por lo menos aquellas que participaban directamente en la lucha, eran potencias industriales. Esto explica que existiera cierto equilibrio inicial: frente a la posibilidad de exterminación real, cada una de las partes poseía una fuerza propia para disuadir a la otra. De ahí que, en medio de todas las matanzas, se observara cierta prudencia.

Durante la Segunda Guerra Mundial las intenciones genocidas fueron más brutales y descaradas. Hitler proclamó en infinidad de veces su intención deliberada de exterminar a los judíos. Se valió del genocidio como instrumento político y en ningún momento lo ocultó. Todo judío debía ser muerto, fuera quien fuera, no por el hecho de haber sido capturado con las armas en la mano o por haberse unido a un movimiento de resistencia, sino sencillamente por ser judío.

Aún estaban frescas en la memoria de los contemporáneos las escenas del Tribunal de Nuremberg y de Tokio, cuando los franceses, admonitoriamente, masacraron en Setif a 45,000 argelinos. Pero esta clase de actos era tan común que a nadie se le ocurrió condenar a los franceses en los mismos términos que se hizo con los nazis. Sin embargo, esta "destrucción deliberada de una parte de un grupo nacional" no podía proseguir sin lesionar los propios intereses colonialistas franceses. Al exterminar al subproletariado, se exterminaban a sí mismos como colonos. Ello explica la actitud contradictoria de estos *Pied noirs* durante la guerra argelina: incitaban al ejército a perpetrar masacres y más de uno de ellos soñaba con el genocidio total. Al tiempo que intentaban obligar a los argelinos a confraternizar con los soldados franceses. Francia perdió la guerra de Argelia porque no pudo liquidar al pueblo argelino ni tampoco asimilarlo.

Estas observaciones permiten comprender la transformación sufrida por las guerra colonialistas a partir de la Segunda Guerra Mundial. Fue en ese entonces cuando los pueblos coloniales, sacudidos por el conflicto mundial, estimulados por su impacto en la vida de los imperios, y poco más tarde, por la victoria de Mao-Tse-Tung, se proponen recobrar su independencia nacional. Las características del conflicto se determinaron desde el principio: los colonialistas tenían la superioridad en armamento, la población indígena contaba con la ventaja numérica. Hasta en la propia

Argelia la proporción de colonos y nativos era de uno a nueve. Durante las dos guerras mundiales muchos de los colonizadores recibieron instrucción militar, lo cual hizo de ellos perfectos combatientes. Sin embargo, al iniciarse la lucha anticolonialista, el número de unidades insurgentes se vio limitado a causa de la ínfima calidad de su armamento y de la insuficiencia de su material de guerra. Por lo tanto estas condiciones objetivas también determinaron la estrategia a seguir: terrorismo, emboscadas, hostigamiento del enemigo, y movilidad extrema de los grupos de combate que debían golpear sorpresivamente y desaparecer de inmediato. Todo esto fue posible únicamente gracias al respaldo dado por la población entera. De ahí la conocida simbiosis existente entre las fuerzas de liberación y las masas populares: las primeras organizaban reformas agrarias y órganos políticos y educativos en todas partes; las segundas apoyaban, alimentaban y escondían a los soldados del ejército de liberación y además nutrían las filas con sus hijos.

No es mero accidente el hecho de que la guerra del pueblo, sus principios, su estrategia, sus tácticas y sus teóricos, hayan surgido en el preciso momento en que las potencias altamente industrializadas llevaron la guerra total a sus últimas consecuencias mediante la producción industrial de armas atómicas. Tampoco es accidental que estos dos hechos ocasionaran la destrucción del colonialismo. La contradicción que condujo a la victoria al Frente de Liberación Nacional argelino era característica de la época; la guerra del pueblo y la bomba de hidrógeno fueron el tiro de gracia doble para la guerra convencional. Las fuerzas armadas colonialistas eran impotentes frente a los guerrilleros respaldados por el grueso de la población. Sólo una manera tenían de escapar a este acoso desmoralizador, a saber: atacando a la población civil. En efecto, los soldados colonialistas aprendieron muy pronto que sus terribles enemigos eran los silenciosos y obstinados campesinos, quienes, a un kilómetro del lugar donde en una emboscada había sido aniquilado todo un regimiento, nada habían visto y todo lo ignoraban. Y puesto que un pueblo entero unido mantenía a raya a las fuerzas colonialistas, la única estrategia anti-guerrillera posible era la destrucción de ese pueblo, es decir, de los civiles, las mujeres, los ancianos y los niños.

Tortura y genocidio: esa fue la respuesta de las potencias colonialistas frente a la rebelión de los sojuzgados. La población civil, resuelta y unida en torno a un ejército guerrillero politizado y fiero, ya no podía ser intimidada como en los viejos y buenos tiempos del colonialismo, cuando se perpetraban masacres "admonitorias" para que sirvieran de ejemplo al resto de la población. Ahora por lo contrario, ese tipo de procedimientos contribuían solamente a acrecentar el odio popular. En consecuencia, ahora ya no se trataba de intimidar a nadie sino de liquidar físicamente a la población civil. Y como ésto no era posible sin destruir a la vez la economía del país ocupado y todo el sistema colonial, los colonos comenzaron a ser presa del pánico, las potencias colonialistas se cansaron de gastar hombres y dinero en conflictos interminables, al tiempo que los habitantes de las metrópolis se oponían a la continuación de guerras tan inhumanas, por lo que, las colonias se convirtieron así en Estados soberanos. Tal fue el caso de Argelia.

Ha habido casos, sin embargo, en los cuales la respuesta genocida a la guerra del pueblo no es detenida por las contradicciones infraestructurales. El genocidio total surge entonces como la base absoluta de una estrategia antiguerrillera; en ciertas condiciones hasta puede aparecer como el objetivo categórico que se alcanza ya sea en forma inmediata o gradual. Esto es exactamente lo que sucedió con la guerra de Vietnam. Esta guerra constituyó sin ambages una nueva etapa del desarrollo imperialista, usualmente denominada *neocolonialismo*, puesto que se caracteriza por la agresión contra una antigua colonia que obtuvo ya su independencia a fin de someterla nuevamente al dominio colonial. Durante los primeros años del país independizado los neocolonialistas se encargan de financiar un golpe de Estado, de manera que los nuevos jefes de Estado no representan los intereses populares sino los de un estrato social reducido y privilegiado y en consecuencia los intereses del capital extranjero.

Ngo Dinh Diem fue seleccionado, sostenido y armado por los Estados Unidos. Manifestó su decisión de rechazar los Acuerdos de Ginebra y establecer en cambio un Estado independiente en el territorio vietnamita situado al sur del paralelo 17. Lo que siguió fue una consecuencia necesaria de estas premisas. Creó una fuerza policíaca y un ejército con el fin de atrapar a quienes habían luchado contra los franceses y ahora sen-

tían traicionada su lucha independentista, sentimiento que automáticamente los convertía en enemigos del régimen de Diem. Como consecuencia de todo lo anterior y de sus actitudes intransigentes el reinado del terror provocó una nueva insurrección en el Sur y volvió a encender la guerra del pueblo.

Los dirigentes norteamericanos sabían que Diem sería incapaz de ahogar la revuelta en gestación. Como quiera que haya sido, esos dirigentes no perdieron un instante en enviar expertos y tropas hasta verse envueltos totalmente en el conflicto. Nuevamente se da un esquema de guerra muy similar al que Ho-Chi-Minh utilizó contra los franceses con la salvedad de que al principio el gobierno de los Estados Unidos pretextaba enviar sus tropas y sus expertos sólo para cumplir generosamente con las obligaciones debidas a cualquier aliado.

En octubre de 1966 el general William Westmoreland, comandante en jefe de los ejércitos norteamericanos de ocupación en Vietnam, declaró: "Peleamos en Vietnam con el fin de demostrar que la guerra de guerrillas es ineficaz". Obviamente la demostración de la ineficacia de la guerra de guerrillas a que se refería Westmoreland no iba dirigida a los propios vietnamitas, sino al resto del mundo. Lo mismo ha acontecido en Chile; el gobierno norteamericano ha querido llevar a cabo un escarmiento para todos aquellos que pretendan sacudirse el yugo imperialista. Para tal efecto se ha valido de la mesnada de milites que detentan el poder en aquel país andino. Con los actos genocidas las potencias imperialistas que los perpetran desean demostrales a todos, pero principalmente a los países oprimidos y explotados que desean sacudirse su yugo, que las guerras de guerrillas son ineficaces. Es decir, desde el punto de vista político, el genocidio y los crímenes contra la humanidad tienen un valor admonitorio evidente.

Las declaraciones de los estadistas norteamericanos no son tan ingenuas o brutales como las que hizo Hitler en su época. Ante la acusación de genocida que se le hace al gobierno norteamericano éste responde que la acusación no está demostrada y que sólo indica la parcialidad de los otros gobiernos. "Realmente —dijo el gobierno de los Estados Unidos— no hemos hecho más que ofrecer a los vietnamitas del norte y del sur, la alternativa de cesar en su agresión o ser aniquilados". Aparte de que la

oferta es absurda, ya que son los norteamericanos quienes cometen la agresión, equivale a un chantaje: ríndanse o los bombardearemos hasta hacerlos regresar a la edad de piedra. El hecho subsistente es que el segundo término de la alternativa es el genocidio. Si la proposición tuvieran un mínimo sentido jurídico el gobierno de los Estados Unidos se salvaría por un estrecho margen de la acusación de genocida. Pero la Convención de 1948 no deja lugar a tal escapatoria: un acto de genocidio, especialmente aquel que es llevado a cabo durante un período continuo de varios años, no es menos genocida por el hecho de ser un chantaje. Quien lo perpetra puede declarar que se detendrá si la víctima se rinde; pero esto es aún genocidio, sin lugar a ninguna duda jurídica. Y ello es más cierto todavía si como en el caso de Vietnam, se ha aniquilado a una gran parte del grupo para provocar la rendición del resto de la población.

Finalmente, para cerrar estos breves Antecedentes Históricos, permítaseme repetir las palabras de Jean Paul Sartre, dichas a propósito del crimen de genocidio cometido en Vietnam: "Cuando un campesino cae ametrallado en su arrozal, también cae cada uno de nosotros. Los vietnamitas luchan por toda la Humanidad y los Estados Unidos contra ella. Esto no es figurado ni abstracto. Y no sólo porque el genocidio sea un crimen universalmente condenado por el derecho internacional, sino porque poco a poco toda la especie humana está siendo subyugada por este chantaje genocida apilado encima del chantaje atómico; esto es, la humanidad está siendo condenada a la guerra absoluta, total. Este crimen, llevado a cabo diariamente a los ojos del mundo, convierte en cómplices de quienes lo realizan a todos quienes no lo denuncian, de modo que hoy se nos degrada para perpetrar así nuestra futura esclavitud".

2.—LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y EL CRIMEN DE GENOCIDIO EN LA DOCTRINA.—El jurista polaco Raphael Lemkin definió el crimen de genocidio en los términos siguientes: "El crimen de genocidio es un crimen especial consistente en destruir intencionalmente grupos humanos raciales, religiosos o nacionales, y como el homicidio singular, puede ser cometido tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. En territorio ocupado por el enemigo y en tiempo de guerra, serán crímenes de guerra, y si en la misma ocasión se comete contra los propios súbditos, (del Estado-

en cuestión) ¹¹⁰ " serán crímenes contra la Humanidad. El crimen de genocidio hállase compuesto por varios actos subordinados todos al dolo específico de destruir un grupo humano".

El genocidio, siendo aún el Unnamed Crime de Winston Churchill fue incluido globalmente dentro de la amplísima tipología del artículo 6o. del Estatuto de Londres que, en la parte relativa, dice:

c).—*Crímenes contra la humanidad.*—Tales son, muerte, exterminio, esclavización, deportación o cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, después o durante la guerra; o persecuciones en el terreno político, racial o religioso en conexión con cualquiera otro delito de la jurisdicción de este Tribunal, ya sea que viole o no la Ley del país en que se perpetró o la doméstica. Los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participaron en la formulación o ejecución de un plan común o conspiraron para cometer cualquiera de los delitos siguientes, son responsables por todos los actos llevados a cabo por cualquier persona en ejecución de ese plan". Es posteriormente cuando adquirirá substantividad propia a la luz de la doctrina. El primer partidario de la completa substantividad e independencia material del genocidio fue su propio autor, R. Lemkin. Simultáneamente el jurista rumano Aroneanu, autor de uno de los trabajos más antiguos sobre el crimen contra la Humanidad, se esfuerza en subsumir dentro de la noción de Crimen contra la Humanidad la del genocidio, separándola en cambio de las nociones de crimen contra la paz y crimen de guerra strictu sensu. Aroneanu es el autor de esa famosa frase del derecho internacional penal de que "el crimen contra la Humanidad, antes de ser crimen, es un acto de soberanía estatal", con lo que claramente daba a entender su carácter "oficial y organizado" planeado a propósito para fines de exterminio, que es cabalmente la nota característica del genocidio.

El Delegado francés a la VIII Conferencia de Unificación del Derecho Penal de Bruselas de 1947, Boissarie, no obstante que reconoce un campo más restringido para el genocidio, pugnó por la asimilación del crimen contra la Humanidad como sinónimo perfecto del genocidio, para

¹¹⁰ a Paréntesis del autor de este trabajo.

denominar el cual prefiere el término *Genicidio*.¹¹⁷ En términos similares se pronuncia Paoli que pretende la identidad de naturaleza no solamente del genocidio y del crimen de lesa humanidad, sino de éste último y del de guerra; para este autor dichos delitos solamente se diferencian por el *Quantum* y por las circunstancias de ejecución y llega a la conclusión de que los crímenes contra la Humanidad forman el género y el genocidio y los crímenes de guerra las especies.¹¹⁸

El profesor Graven y el juez Dautricourt se han pronunciado en cambio contra la identificación de estas tres clases de crímenes del derecho internacional penal. Según Quintano Ripollés es el profesor Graven quien mejor ha tratado de sistematizar la materia. Graven estima que debe atenderse al bien jurídico que se pretende proteger y cuya lesión constituye precisamente el tipo penal. En este orden de ideas la denominación de Crimen contra la Humanidad carece de precisión objetiva ya que de atenderse a dicho criterio de distinción serían muchas las infracciones penales que se harían merecedoras a esta denominación. No hay en rigor, afirma, un crimen contra la Humanidad, sino diversos delitos dignos de tal nombre, uno de los cuales, el que va dirigido a suprimir la vida humana de las víctimas, es el genocidio.

En la ponencia general que el juez belga Dautricourt presentó ante la VIII Conferencia de Unificación del Derecho Penal celebrada en Bruselas en 1947 y en trabajos suyos posteriores, trata de relacionar los crímenes contra la Humanidad con la Declaración de los Derechos del Hombre. En esta forma la noción de Crímenes contra la Humanidad adquiere una amplitud desorbitada poco apta para su penalización. El genocidio en consecuencia no es para el magistrado belga sino una especie del género Crímenes contra la Humanidad, el más grave y vil de todos, pero uno de tantos. Dautricourt define el Crimen contra la Humanidad en los siguientes términos: "Quienquiera que, abusando del poder soberano del Estado, del que es detentador, órgano o protegido, priva injustamente por razones de nacionalidad, raza, religión u opiniones, a un individuo, grupo o colec-

¹¹⁷ Actes de Conference, Paris, Pedone, 1949, p. 171.

¹¹⁸ PAOLI, Contribution. Citada por la "Revista General de Derecho Internacional Público". 1941-1945, II.

tividad, de alguno de los derechos elementales de la persona humana a saber: el derecho a la vida, a la integridad física o a la salud, el derecho a la libertad individual, a fundar una familia, el de ciudadanía, el de trabajo libre y remunerado, el de instrucción, el de profesar una religión u opinión religiosa".¹¹⁹ Tan sólo el primero de dichos "derechos elementales" integra y tipifica el genocidio propiamente dicho.

Es el fiscal general de Varsovia, Jorge Sawicki, quien fijó de un modo más claro y convincente el criterio diferencial entre el genocidio y los Crímenes contra la Humanidad. El genocidio es, según Sawicki, una forma cualificada, la más brutal y peligrosa, de crimen contra la Humanidad. Entre ambos existen, según el mencionado jurista polaco, notables diferencias cuantitativas y cualitativas en cuanto a la intencionalidad del sujeto activo del delito. En efecto, el genocida se propone el exterminio de un grupo, sean sus víctimas muchas o pocas, en tanto que el autor del crimen contra la Humanidad puede asesinar a un enorme número de seres humanos sin propósito de aniquilamiento colectivo. Si el Ku-Klux-Klan organiza un linchamiento de negros para vengar un supuesto agravio, los asesinos cometen un crimen contra la Humanidad, por atentar contra la integridad física de las personas en razón de la raza de las víctimas de delito, pero no de genocidio, por no proponerse el exterminio de la raza negra; en cambio, las actividades nazis contra los judíos en toda Europa o contra los bohemios en Checoslovaquia, fueron implícitamente genocidas, por obedecer a un propósito deliberado y programático de aniquilamiento racial y nacional.

La afinidad del genocidio y del crimen contra la Humanidad es patente no sólo cuanto hace a la motivación de la infracción penal sino en sus manifestaciones exteriores, por lo que se justifica su tratamiento jurídico en conjunto. Esa misma razón justifica la construcción jurídica de un tipo penal que pueda ser agrupado en la noción genérica de crimen contra la Humanidad; en la inteligencia de que el crimen contra la Humanidad constituye el género y el genocidio la especie. Ambos crímenes son motivados por la aversión a otra raza, religión, cultura o credo político, aún cuando su teleología es distinta.

¹¹⁹ Actes de Conference, Paris, Pedone, 1949, p. 55. Capítulo de la Ponencia General.

Es así como se plantea la doctrina la afinidad e independencia conceptual entre genocidio y crimen contra la Humanidad. Coinciden ambos tipos penales en la dinámica y en el bien jurídico violado, pero difieren sobre todo en la finalidad última, pues mientras en el genocidio se persigue el aniquilamiento y exterminio de un grupo racial, nacional, religioso o político, en el crimen contra la Humanidad se persigue el mero daño contra miembros de dichos grupos. Pero por encima de esta diferencia teleológica, una y otra infracción conservan, frente a los crímenes de guerra, una absoluta substantividad propia, ya que con éstos no tienen otra conexión que la puramente episódica. A este respecto puede decirse esquemáticamente que el crimen contra la Humanidad se comete en ocasión de la guerra, en tanto que, tratándose del crimen de genocidio, se perpetra la guerra como un medio de consumir aquel. El autor español Miaja de la Muela afirma que, "la conexión con la guerra es el signo diferencial más seguro, requerible en el crimen contra la Humanidad, pero no en el de genocidio, perfectamente perpetrable en tiempos de paz". Lo cual para Quintero Ripollés es muy discutible.¹²⁰

El nombre de crimen contra la Humanidad evoca una raigambre de pura cepa iusnaturalista por cuanto reposa en presupuestos extrapositivos y supranacionales como son los de una Humanidad unitaria y portadora de derechos inviolables que van más allá de los convencionales que suelen atribuirse a la calidad de ciudadano de un Estado determinado. En términos técnicos penales se trata de un caso típico de antijuridicidad material de origen supralegal y supraestatal.

La noción de Humanidad, para los efectos penales, resulta equívoca: según se escriba con mayúscula o con minúscula en lenguas latinas ofrece una semántica diversa. Con mayúscula parece indicar un conjunto de seres humanos, unitario y con derechos inmanentes e inviolables. Con minúscula connota en cambio un sentimiento generoso y tierno. El asesinato de un padre por su hijo es un crimen inhumano, pero nada tiene que ver con el alcance jurídico que en lo internacional penal tiene el vocablo. Es la Humanidad en su acepción de género humano o al menos una fracción orgánica de él lo que interesa para los fines del derecho internacio-

¹²⁰ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* p. 643. Tomo I.

nal penal. Todo crimen contra la Humanidad es un crimen inhumano, pero no todo crimen inhumano es un crimen contra la Humanidad.

En esta clase de crímenes (contra la Humanidad y el genocidio) lo que importa no es el número de víctimas sino su cualidad determinada por los factores objetivos y subjetivos apuntados. La pertenencia a un grupo racial, nacional, religioso o político es objetivamente la *ratio essendi* de la infracción de lesa Humanidad, no el grupo mismo, por lo que el ataque a un solo individuo perteneciente a él puede perfectamente tipificar alguno de estos delitos.

La primera legislación que entendió bien el problema fue la nacional polaca que en el artículo 32 de su "Pequeño Código Penal" de 13 de junio de 1946 castiga al "culpable de haber ocasionado lesiones graves o matado a una o a varias personas a causa de su nacionalidad o de su raza". Idéntica postura adopta la Convención Sobre Genocidio en su artículo 2 al hablar de "miembros de un grupo", así como el párrafo 10 del Draft de la VI Comisión de la ONU al mencionar a "elementos de la población civil" y en el artículo 31 del Código Penal Universal de 1950 al referirse expresamente a atentados contra "individuos o grupos humanos".

Donadieu de Vabres no está de acuerdo en caracterizar el crimen contra la Humanidad por el móvil del odio racial, religioso o nacional, pues teme que en la práctica esa característica sea abusivamente interpretada por tratarse de un elemento totalmente subjetivo.¹²¹ Graven replica diciendo que no es tan sólo por el móvil —pasión u odio racial, nacional o religioso— por lo que ese crimen se distingue en lo internacional de las figuras paralelas del derecho penal interno, sino también por su objeto, medios, circunstancias y sobre todo por cualidades inherentes a las víctimas. En todos los códigos penales se castigaron siempre el asesinato, las lesiones, la violación, el secuestro, etcétera, pero en tales casos el hombre individualmente considerado era el único requisito para tipificar objetivamente el delito, en tanto que en el crimen contra la Humanidad se exige un *Plus* específico de cualidad que es el que le hace trascender a lo inter-

¹²¹ DONADIEU DE VABRES.—La Condification du Droit Penal International, En Revista Internacional de Derecho Penal. París, 1948. Tomo I.

nacional: el *Plus* de la pertenencia a un grupo racial, nacional o religioso. El que mata a un negro para robarlo perpetra el delito común de robo con homicidio. En cambio, el que lo mata por consideración a su color, a su raza negra y movido por un sentimiento de odio racial, puede haber cometido un crimen contra la Humanidad.

Para Aroneanu es el carácter "impersonal" de la víctima, esto es, su pertenencia a un grupo o colectividad racial, nacional o religiosa, el primer elemento que debe tomarse en consideración como bien jurídico protegido. Queda todavía por determinar en el mismo plano de objetividad la especie de bienes personales protegidos por el tipo internacional penal en cuestión. Ya que no sería jurídico esperar que ese tipo penal pudiera pretender la tutela de la totalidad de los derechos subjetivos del individuo en toda su amplitud pública y privada, que ni siquiera en el orden interno de cada Estado se hallan penalmente protegidos. Tal vez algún día, cuando la conciencia jurídica de los pueblos se halle más adelantada, figure en el catálogo de los delitos nacionales e internacionales la infracción de los derechos consagrados en la Declaración de Derechos del Hombre, convirtiéndose en crímenes contra los derechos humanos.

Por ahora, el problema jurídico que plantea la violación de la Declaración de Derechos del Hombre es de los más debatidos en la doctrina, tanto por la diversidad de los bienes jurídicos a protegerse como por la diferencia de la dimensión objetiva de esos derechos. Hay unanimidad casi absoluta en cuanto a la protección de los derechos básicos a la vida, a la integridad física y a la libertad personal, ya que constituyen bienes jurídicos de protección mínima en todo sistema penal ordinario. Este mínimo de bienes jurídicos a protegerse fue el criterio que guió la redacción del artículo 6 del Estatuto de Nuremberg y el 5 de la Carta de Tokio, el 2 de la Convención Sobre Genocidio y el 32 del Proyecto de Código Penal Universal elaborado por la Bar Association.

3.—EL GENOCIDIO Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL POSITIVO Y EN LA JURISPRUDENCIA.—De los tres tipos penales configurados por el Estatuto de Londres de 8 de agosto de 1945, el del crimen contra la Humanidad (*Crime Against Humanity*) fue

el más nuevo en la doctrina y en la legislación internacional. Mientras los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Paz contaban ya, para entonces, con una sólida y abundante tradición doctrinaria incluso con una prolija serie de fuentes normativas internacionales (tratados), aunque no precisamente de carácter penal, sino convertidas en penales *a posteriori* en dicho Estatuto, por cuanto hace a este nuevo tipo penal fue necesario crear todo, lo sustantivo y lo procesal, muy a pesar de que se hallaba profundamente arraigado en la conciencia jurídica universal y no obstante que respondía dicho tipo delictivo a exigencias de la más elemental justicia. Lo único que no fue novedad es el título de la figura, toda vez que el nombre de Crimen Contra la Humanidad había sido mencionado ya frecuentemente en la doctrina.¹²²

La creación de este tipo delictivo no obedeció a ningún capricho ni arbitrariedad de los redactores del Estatuto de Londres, pues aún cuando desconocido en lo internacional reposa en un substrato moral y jurídico incommovible ya que corresponde a figuras delictivas demasiado conocidas y exploradas en el orden jurídico positivo interno de todas las naciones. El Crimen contra la Humanidad corresponde a las vulgares figuras delictivas del homicidio con violencia, el robo, la violación, el secuestro, la injuria grave, el chantage, etcétera. Empero, fue su dimensión internacional lo que le confirió novedad a este tipo delictivo y con ello hizo que se configuraran los elementos constitutivos de la infracción. En lo cuantitativo su proyección internacional y en lo cualitativo o sea en su motivación (racial, nacional, religiosa, política o cultural), y finalmente en su dinámica o forma de perpetración. Tales son los elementos constitutivos de la substantividad penal de este nuevo tipo de delitos, lo cual se hizo en Londres esquemáticamente (Carta de Londres de 8 de agosto de 1945), para posteriormente cristalizar en la copiosa jurisprudencia internacional penal de la postguerra.

Se ha dicho con sobrada razón que la inclusión de estos delitos en el catálogo penal internacional equivale a una trasmutación de valores jurídicos, por cuanto que tratándose en el fondo de los mismos ilícitos penales del robo, el homicidio con violencia, la violación, el secuestro y otros

¹²² ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I. p. 607.

más, al pasar del plano interno y nacional al plano internacional o supranacional el sujeto pasivo del delito no son ya una o más personas individualmente consideradas, sino la comunidad internacional como un todo, que a través del daño inmediato sufrido por las personas individuales, resiente un daño, un ataque, en lo que la Humanidad estima sus más genuinos valores dignos de protección. Este notable desarrollo jurídico fue posible gracias a la galvanización de la sensibilidad moral y de la conciencia jurídica universales. Esa galvanización de la conciencia moral universal fue el resultado de los inenarrables horrores perpetrados por la política racista del III Reich alemán contra la raza judía, y cuya política racista y bestial se hizo extensiva a los eslavos del este y del sudeste de Europa.

Aunque los crímenes contra la Humanidad son tan antiguos como la humanidad misma, la innovación del 8 de agosto de 1945 en Londres consiste, como lo hizo notar el profesor Graven, no en el acto mismo del crimen sino en la concepción jurídica del mismo.¹²³ Desde la deportación de los judíos en la cautividad de Babilonia hasta la persecución y las matanzas de los maronitas, curdos y armenios en el Oriente Medio se han registrado en el mundo innumerables crímenes de esta naturaleza.

De acuerdo con el texto del Art. 6 del Estatuto de Londres tantas veces mencionado, así como del artículo 5 de la Carta de Tokio y de la jurisprudencia de los tribunales de la postguerra establecidos para juzgar a los criminales del Eje es posible en la actualidad enjuiciar el crimen contra la humanidad en su doble aspecto. En su aspecto de ataque personal, de mayor o menor amplitud, pero sin propósitos de exterminio, de grupos humanos homogéneos. Y en su aspecto de ataque con fines de exterminio como medio de realización de políticas eliminatorias de comunidades raciales, nacionales, religiosas, política y eventualmente culturales. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 11 de diciembre de 1946 la resolución número 95, mediante la cual confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho tribunal. La tarea más urgente a

¹²³ GRAVEN.—*Les crimes contre l'humanité*. Paris, 1950, separata del "Recueil des Cours". Introduction.

que dio lugar esta resolución fue la regulación del tipo delictivo de que hablan los artículos 6 del Estatuto de Londres y 5 de la Carta de Tokio en el aspecto de política eliminadora de grupos humanos homogéneos, perfectamente programada y sistematizada.

El crimen de genocidio en el derecho penal mexicano.—Influido por la Convención sobre Genocidio aprobada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948, y tomando como modelo el proyecto del doctor Luis Garrido, el gobierno mexicano incluyó el delito de genocidio en su Código Penal Federal por decreto del 30 de noviembre de 1966 publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de enero de 1967. El proyecto elaborado por el doctor Garrido dice textualmente así: “Al que, con la intención de destruir total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impidiere los nacimientos en el seno del grupo, se le impondrán de quince a veinte años de prisión. Si con idéntico propósito se llevaran a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades, o se trasladaren por la fuerza niños de ellas o otros grupos, la pena será de tres a doce años de prisión. En el caso de que los responsables de dichos delitos fueren gobernantes, funcionarios o empleados, se les aplicará además de las penas ya señaladas, la destitución del empleo o cargo e inhabilitación para obtener otro por el término de cinco a veinte años”.^{123 b}

El delito de genocidio quedó tipificado en el artículo 149 bis del Código Penal mexicano en los términos siguientes: “Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente, a uno o más grupos nacionales de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquéllos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo. Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince a veinte mil pesos. Si con idéntico propósito se llevaran a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos, menores de

^{123 b} LUIS GARRIDO.—“*El Genocidio*”. Revista de Ciencias Políticas y Sociales. Jul-Sept. de 1955, número 1. México. pp. 20 a 25.

diez y seis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos. Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. En caso de que los responsables de dichos delitos fueren gobernantes, funcionarios o empleados públicos y los cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación". Parece sin embargo, que la redacción correcta de este precepto es la que consigna Francisco González de la Vega en su Código Penal Comentado, en los términos siguientes: "Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso... etcétera". Sea como fuere, es evidente que, tanto conforme a la primera redacción (tomada del Derecho Penal Mexicano. Parte General. Por Raúl Carrancá y Trujillo) como conforme a la segunda, el legislador mexicano incurrió en un inútil pleonasma ya que étnico y racial son voces equivalentes. Débese elogiar la previsión de los autores de este precepto en cuanto a la esterilización masiva de grupos humanos nacionales, raciales o religiosos, puesto que a últimas fechas la prensa diaria ha venido publicando notas informativas en las que se da cuenta de estas prácticas esterilizantes llevadas a cabo por cuenta y comisión del gobierno de los Estados Unidos en algunos pueblos latinoamericanos como Puerto Rico, Colombia y Venezuela y en algunos Estados de la propia Unión Americana; parece que también en México ha habido intentos de esterilización masiva, por medio de engaños, en la propia capital del país.

A este respecto se debe hacer notar la imprecisión de la connotación de la frase "esterilización masiva", pues cabe preguntar desde qué cantidad debe considerarse masiva una esterilización.

Debe lamentarse en cambio que el legislador mexicano haya sido poco previsor al no consignar el genocidio político ni el genocidio cultural. Especialmente débese lamentar la ausencia de previsión en cuanto al genocidio político que, por lo que se está viendo en Chile, es el tipo de

genocidio más socorrido en la América Latina por evidentes razones de vecindad de los países latinoamericanos, la mayoría de ellos inmersos en el coloniaje y por lo consiguiente avocados a embarcarse en movimientos y empresas descolonizadoras, con el coloso imperial.

Debe criticarse así mismo la redacción del párrafo final de este artículo del Código Penal mexicano: "En caso de que los responsables de dichos delitos fuesen gobernantes, funcionarios o empleados públicos y *las cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas*, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados de la Federación". Desde luego debe apuntarse que es difícil que en México se pueda cometer el delito de genocidio en ejercicio de una función pública o con motivo de ella, a menos de que nuestro orden constitucional se hubiera cambiado por otro de carácter nazifascista. Lo más probable es que si un funcionario público mexicano comete el delito de genocidio previsto por el artículo 149 bis del Código Penal, lo haga fuera del ejercicio de sus funciones públicas y sin motivo de ellas. Entonces, si esto es lo más probable debe entenderse que, al no hacerlo en ejercicio de sus funciones públicas ni con motivo de ellas, no se le deberá aplicar con tal motivo la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados de la Federación, lo cual resulta una injusticia vitanda. Esto sin tomar en cuenta la aguda observación de Josef L. Kunz de que "apenas si es posible que el crimen de genocidio, tal como lo define la Convención, pueda ser cometido por individuos privados sin la tolerancia (nosotros diríamos sin el patrocinio) de los respectivos gobiernos nacionales". Visto así el artículo 149 bis del Código Penal, parece un bonito vestido de luces que se hizo México a fin de lucirlo, como los niños pobres cuando logran asistir a una fiesta de casa rica, en convenciones internacionales como lindo botón de muestra de nuestros humanitarios adelantos penales.

Más eficaz hubiera sido tipificar en nuestro orden jurídico positivo el crimen contra la humanidad, que es en México un crimen más socorrido que el de genocidio, como lo demuestra la matanza del 2 de octubre de 1968 en la Plaza de las Tres Culturas de Santiago Tlatelolco, donde murieron cientos, tal vez miles de estudiantes y gente del pueblo, mujeres, ancianos y niños a manos de policías federales y locales y de soldados de

línea, patrocinados y dirigidos por oficiales de nuestro glorioso ejército nacional, y cuyos agentes públicos fueron desplegados precisamente para reprimir a esa pobre gente; como lo demuestra también la matanza del Jueves de Corpus (11 de junio de 1971) en la Tlaxpana y San Cosme en la capital del país; como lo demuestra la matanza de León (2 de enero de 1946) en la que soldados de línea de nuestro glorioso ejército nacional, a las órdenes del coronel Olvera, dispararon indiscriminadamente sobre el pueblo de esa ciudad guanajuatense, congregado en el centro de la población para protestar contra una imposición político-electoral; y tantas otras matanzas que sería prolijo enumerar, y cuyas víctimas han sido gente del pueblo, hombres, mujeres, niños y ancianos a quienes jamás se les hizo justicia. Todas estas víctimas lo han sido de las diversas policías que padece México, de su glorioso ejército nacional, de órganos del gobierno y de funcionarios públicos; por eso es que hubiera sido más útil y eficaz tipificar en nuestro código penal federal el crimen contra la humanidad que el de genocidio. Pues tal como está tipificado el genocidio en nuestro orden jurídico positivo, resulta casi inocuo, neutro, inofensivo, aunque eso sí, un bello traje de luces como para que México se luzca en congresos y convenciones internacionales.

4.—ELEMENTOS TIPIFICADORES DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y DEL GENOCIDIO.—A fin de tipificar estos delitos conviene, por razón de método, comenzar por enmarcarlos dentro del cuadro general de los hechos ilícitos internacionales. Un primer grupo lo constituiría, según el profesor Verdross, cierta clase de actos que, conforme al derecho internacional consuetudinario hacen acreedor a un Estado a una satisfacción de parte de otro Estado del cual ha recibido un perjuicio moral. Esta satisfacción está destinada a mitigar el sentimiento jurídico herido del Estado afectado, o como dice Charles Rousseau, tiene un carácter compensatorio. Esta satisfacción no tiene el carácter de una pena pero indudablemente contiene un ingrediente penal por cuanto que, en el derecho internacional común no es concebible un castigo impuesto a un Estado. Tales serían los casos de ofensas a un pabellón extranjero o al representante diplomático de otro Estado, la detención inmotivada de un extranjero, la ocupación ilegal del territorio de una nación extranjera. En estos casos

el derecho internacional consuetudinario obliga a los Estados ofensores a castigar penalmente esos actos de sus órganos o de los particulares sometidos a su autoridad.¹²⁴

Un segundo grupo de hechos ilícitos internacionales estaría constituido por aquellos cuya responsabilidad individual se funda directa o inmediatamente en el derecho internacional común. Se trata de deberes jurídicos internacionales individuales derivados de un supuesto jurídico que el derecho internacional reputa generadores de una sanción penal, de modo tal que estas normas pueden aplicarse directamente y no a través de alguna norma jurídica estatal de ejecución. Tal es el caso de los crímenes de guerra cuya persecución y castigo se funda en una vieja tradición. Estos delincuentes son castigados por infracciones al derecho de la guerra (*jus in bellum*) aunque no figuren en el código penal del lugar de su perpetración o del país que hizo la detención. Según Verdross, se trata de auténticos delitos internacionales.

Un tercer grupo lo constituye toda una serie de nuevos "delicta iuris gentium" creados por varios tratados colectivos. Son hechos ilícitos cometidos por particulares y a iniciativa de particulares, que los Estados están obligados a perseguir y a castigar en virtud del derecho internacional, *pero sólo a condición de que los Estados interesados y en cumplimiento de sus deberes jurídicos internacionales dicten las oportunas normas penales de ejecución*,¹²⁵ es decir, que los autores de tales delitos no pueden ser castigados directamente en virtud del derecho internacional. Por ejemplo: trata de esclavos, trata de blancas, trata de niños, difusión de publicaciones obscenas, falsificación de monedas y el genocidio.

Finalmente el profesor Verdross se refiere a un cuarto grupo de hechos ilícitos internacionales: "como ya se ha visto los individuos pueden, a título excepcional, ser castigados directamente en virtud del derecho internacional si han cometido crímenes de guerra. Pero la evolución más reciente, desde el Tratado de Londres de 8 de agosto de 1945, se inclina a calificar también de delitos internacionales los crímenes contra la Hu-

¹²⁴ ALFRED VERDROSS.—*Op. cit.* p. 546. Conforme: Ch. Rousseau, Obra citada, pp. 374 y Sgtes.

¹²⁵ El subrayado es del autor de esta tesis.

manidad y los crímenes contra la paz. . . El primer paso en esta dirección es cabalmente el Convenio sobre Genocidio que acabamos de considerar".¹²⁶ "Es cierto que, por ahora, este delito es simplemente un *delictum juris gentium*, porque sólo puede ser castigado en virtud de un derecho interno (impuesto por el derecho internacional); pero se convertirá en delito internacional en cuanto sea posible su persecución directamente en virtud del derecho internacional".¹²⁷

Sin desconocer las sólidas razones que tiene el profesor Verdross para calificar el genocidio como un *delictum juris gentium*, cuya persecución y castigo dependen del hecho de que los Estados interesados dicten las oportunas normas penales de ejecución y no directamente en virtud del derecho internacional, no es aceptable su punto de vista, en primer lugar porque como el mismo profesor Verdross reconoce, "la evolución más reciente desde el Tratado de Londres de 8 de agosto de 1945 se inclina a calificar también de delitos internacionales los crímenes contra la Humanidad y los crímenes contra la paz". . . Ahora bien, como ha quedado de manifiesto, algunos tratadistas, con razón sobrada, califican el genocidio como una especie del género crímenes contra la humanidad, el más vil de todos. Por otra parte, la Convención sobre Genocidio (9 de diciembre de 1948) es tímida y contradictoria, pues mientras en el artículo 1o. de dicho instrumento se establece categóricamente que el genocidio, ya sea cometido en tiempos de paz o en tiempos de guerra, es un crimen del derecho de gentes, vale decir, un crimen de derecho internacional, a renglón seguido, en el propio artículo 1o., se dice que es un crimen que las partes contratantes se comprometen a prevenir y castigar. O sea que mediante esta última disposición se le da al genocidio un carácter totalmente voluntarista y convencional que riñe con la imperatividad del derecho penal. Así mismo es contradictorio el artículo 6 de la propia Convención puesto que, conforme a él, son susceptibles de ser juzgadas las personas acusadas de genocidio tanto por tribunales estatales como por tribunales internacionales. La trascendencia que tiene clasificar el delito de genocidio dentro del rubro de los delitos internacionales auténticos, como los llama Ver-

¹²⁶ ALFRED VERDROSS.—*Op. cit.* p. 549.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 549.

dross, salta a la vista. Su persecución no dependerá en tal caso de la legislación interna de tal o cual Estado, sino que será directamente perseguible sobre la base del derecho internacional común.

El tipo penal no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal (Mezger). El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito, según Jiménez de Asúa, o como quiere Carrancá y Trujillo, la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.

A fin de establecer estos elementos tipificadores se hace necesario distinguir entre crímenes contra la humanidad, *latus sensu*, y crímenes contra la humanidad *strictu sensu*. Los primeros constituyen el género dentro del cual queda comprendido el delito de genocidio y el crimen contra la humanidad *strictu sensu*. Los crímenes contra la humanidad *latus sensu*, ofenden los más genuinos sentimientos de solidaridad humana, entendiendo a la humanidad como un todo, como un ente ideal. Ahora bien, para hacer la tipificación de estos delitos hay que atenerse, en primer término, a la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuyos principios de derecho internacional, como ya se dijo, fueron confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución número 95 de 11 de diciembre de 1946) y a la Convención Sobre Genocidio aprobada en el Palacio de Chaillot (París) el 9 de diciembre de 1948. Supletoriamente debe recurrirse a la doctrina de los más autorizados tratadistas.

Sujetos Activos del Delito de Genocidio y del Crimen Contra la Humanidad Strictu Sensu.—El artículo 6 de la Carta de Nuremberg establece, textualmente, que “El tribunal establecido... para el enjuiciamiento y castigo de los más grandes criminales de guerra del Eje europeo de naciones, tendrá poder para juzgar y castigar a las personas que... hayan cometido cualquiera de los siguientes crímenes, ya sea como individuos, ya como miembros de organizaciones.”¹²⁸ Por su parte, el artículo 4 de la Convención Sobre Genocidio (9 de diciembre de 1948), estipula

¹²⁸ El subrayado es del autor de este trabajo.

que "serán castigadas las personas que hayan cometido el genocidio o cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3, sean ellas gobernantes, funcionarios o empleados". Cuba, India y Panamá, adelantándose a otros Estados miembros de la ONU, solicitaron de la Secretaría General de la ONU en 1946, la confección de un instrumento internacional previo y aparte que declarase el genocidio, crimen del derecho de gentes, en el sentido que le dio Lemkin al término, de homicidio encaminado a la supresión violenta de la existencia de grupos humanos. Esta moción halló buen acogida por lo que, la I Asamblea General de las Naciones Unidas encargó dicha labor a la VI Comisión en los siguientes términos: "Reconocer que el genocidio es un crimen del derecho de gentes condenado por el mundo civilizado cuyos principales autores y cómplices, sean personas privadas, funcionarios o representantes privados del Estado, deben ser castigados, . . . etcétera". De todo lo cual es lícito concluir que los sujetos activos del delito de genocidio y del crimen contra la humanidad *strictu sensu*, son generalmente agentes u órganos del gobierno de un Estado, o jefes de Estado; excepcionalmente individuos particulares. Abona esta conclusión la definición del crimen contra la humanidad proporcionada por el Juez Dautricourt: "Quienquiera que, abusando del poder soberano del Estado, del que es detentador, órgano o protegido, priva injustamente por razones de nacionalidad, raza, religión u opiniones a un individuo, grupo o colectividad, de alguno de los derechos elementales de la persona humana a saber: el derecho a la vida, a la integridad física o a la salud, el derecho a la libertad individual, a fundar una familia, el de ciudadanía, el de trabajo libre y remunerado, el de instrucción, el de profesar una religión u opinión religiosa".

Sujeto pasivo de estos ilícitos penales.—La Carta de Nuremberg se refiere, como tal, a poblaciones civiles, prisioneros de guerra o personas en el mar, rehenes (artículo 6, inciso B relativo a los Crímenes de Guerra); asimismo cita a "cualquier población civil, después o durante la guerra"; persecuciones en el terreno político, racial o religioso sin expresar contra quién, pero se sobreentiende que contra cualquier población civil. La Convención Sobre Genocidio establece por su parte, en el artículo 2, lo siguiente: "En la presente convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos que a continuación se determinan, cometidos con la intención de destruir en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religio-

so, tales como...etcétera". Para el jurista rumano Aroneanu es el carácter impersonal de la víctima, esto es, su pertenencia a un grupo o colectividad racial, nacional o religiosa, el primer elemento que debe tomarse en consideración como bien jurídico protegido. En consecuencia, debe estimarse que el sujeto pasivo de estos ilícitos penales puede ser un individuo, un grupo humano, una colectividad nacional, un conglomerado racial, una agrupación política, una secta religiosa o iglesia, uno o varios individuos.

Teleología de estas figuras delictivas.—En el genocidio el móvil lo constituye el sólo hecho de pertenecer a un núcleo social, grupo o colectividad cuya cohesión dependa de sus vínculos raciales, nacionales, religiosos, políticos o culturales. Allí donde es lesionado, muerto, torturado, privado de su libertad, de sus bienes o pertenencias, amenazado o injuriado gravemente en su persona, en su honor, allí donde es privado de sus derechos políticos un individuo o grupo de individuos por el solo hecho de pertenecer a determinada raza, de profesar cierta religión de tener tal o cual nacionalidad, credo u opinión políticos, o de vivir conforme a un determinado modelo cultural, se comete el delito de genocidio. En cambio, en el crimen contra la humanidad *strictu sensu* no es necesaria la existencia de ese móvil, basta con que se le prive al sujeto o sujetos pasivos del delito de alguno o algunos de los derechos elementales de la persona humana, como la vida, la libertad, la dignidad personal, su integridad física, su derecho a la salud, sus derechos políticos o sindicales, para que se cometa el delito contra la humanidad *strictu sensu*. En este tipo de delito basta con que se consuma el daño que se pretende causar para que quede configurado el crimen contra la humanidad.

Finalidad mediata perseguida con la perpetración de ambos tipos de delitos.—Tanto por medio de los crímenes contra la humanidad *strictu sensu*, como por medio del genocidio, se persigue destruir o dominar a grandes conglomerados humanos que, en determinadas circunstancias pueden constituirse en cómplices o aliados de la resistencia armada de ciertos grupos nacionales, raciales, políticos o religiosos y eventualmente de grupos afines por lazos de cohesión cultural como es el caso de los palestinos. Estos grupos resistentes se opondrían a la acción dominadora o hegemónica de alguna potencia imperialista. Tal fue el caso de los judíos oponiéndose a la acción hegemónica e imperialista de la Alemania nazi; tal fue

el caso de los vietnamitas oponiéndose a la acción hegemónica e imperialista, primero de Francia y después de los Estados Unidos. Tal es el caso de la resistencia chilena que se opone a la acción hegemónica e imperialista de los Estados Unidos que, por intermediación de la casta militar chilena y de la burguesía del propio país andino trata de neocolonizar a éste, no sólo para recuperar materias primas como el cobre a precios irrisorios, sino como un medio admonitorio para todos los países latinoamericanos que abriguen ilusiones libertarias inspiradas por el ejemplo de la república socialista de Chile de Salvador Allende o de la Cuba socialista de Fidel Castro Ruz. Recuérdese la famosa frase del General William Westmoreland, comandante en jefe de los ejércitos de ocupación norteamericanos en Vietnam en octubre de 1966: "Pleamos en Vietnam con el fin de demostrar que la guerra de guerrillas es ineficaz". Evidentemente la demostración a que se refería Westmoreland no iba dirigida a los vietnamitas sino al resto del mundo.

5.—GENOCIDIO POLÍTICO Y GENOCIDIO CULTURAL.—En el inciso c) del artículo 6 de la Carta del Tribunal de Nuremberg quedó establecida la penalidad de las persecuciones genocidas por razones políticas. Sin embargo, en la Convención sobre Genocidio de 9 de diciembre de 1948 fue suprimido el genocidio político lo cual equivale a una auténtica regresión de la mencionada Convención sobre Genocidio. El genocidio cultural, en cambio, no aparece consignado en la Carta norimberguense, ni en la Convención sobre Genocidio de diciembre de 1948. Dommedieu de Vabres y Pella discreparon de Lemkin respecto a la inclusión que pretendía hacer éste último del genocidio cultural en la Convención sobre Genocidio tantas veces citada. Lemkin entiende por genocidio cultural la perpetración de atentados contra el idioma y los actos vandálicos cometidos contra monumentos, museos, instituciones de arte, historia y ciencia. Parece que la inclusión de este tipo de genocidio pretendida por Lemkin no prosperó en razón de que no se quería que por abarcar demasiadas cuestiones se le restase vigor a los propósitos represivos de la Convención. Por la misma razón se suprimió el genocidio político ya establecido en la Carta de Nuremberg, y se limitó la protección a los grupos nacionales, étnicos y religiosos. La URSS y Polonia fueron las potencias que se opusieron a la

consignación del genocidio político en la Convención, contra los intentos de Gran Bretaña y Holanda que eran partidarias del genocidio político. La Asamblea General de la ONU reconoció, mediante la declaración del 11 de diciembre de 1946 el móvil político en el genocidio. Sin embargo, en la Convención sobre Genocidio de 1948 fueron vetados tanto el genocidio político como el genocidio cultural. Antonio Quintano Ripollés opina que no solamente se trató, al obrar así, de hacer concesiones a los países de inclinaciones totalitarias sino por que el concepto político es muy movedizo y relativo, imposible de fijar con la objetividad y neutralidad de lo étnico o lo religioso (no hay que olvidar que lo penal debe representar, para ser eficiente, sólo al *minimum* del *minimum* ético de la colectividad en un momento dado).¹²⁹ “Consignarlo sobre el papel, de poco o de nada hubiera valido, pues el clima de odio y pasión que actualmente predomina en tan amplios sectores del mundo, haría ilusoria la norma así concebida. Sería bastante en cambio con asegurar la integridad física de grupos minoritarios por razón de raza, religión o nacionalidad, en cuyo deseo de salvaguarda coincide la opinión pública mundial del orbe civilizado”.¹³⁰ Para el autor de este trabajo, la concepción que del genocidio cultural expresó Lemkin durante las labores de la Convención sobre Genocidio, corresponde más bien a uno de los crímenes contra la humanidad. Para el autor de esta tesis el genocidio cultural sería aquel cuyos móviles para perpetrarlo fueran los nexos o las características culturales de un individuo o de una colectividad con propósitos de aniquilamiento colectivo. En cambio, la corrupción deliberada de un idioma, la destrucción de monumentos, museos universidades y escuelas podría configurar en todo caso un crimen de lesa humanidad, vale decir, un crimen contra la humanidad. No puede negarse que la acción dominadora y hegemónica de las potencias imperialistas, para llevar a feliz término sus propósitos colonizadores o neocolonizadores, necesita de una penetración cultural que haga posible no sólo la venta de sus productos industriales, sino la entronización misma de nuevos esquemas culturales con sus instituciones jurídicas, su religión, su arte y sus costumbres. Pero la técnica jurídica precisa de cier-

¹²⁹ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.*, Tomo I, p. 631.

¹³⁰ *Ibidem.* p. 631.

ta exactitud en sus conceptos para los efectos de la penalización. No todo acto depredatorio debe ser considerado como genocidio. Parece evidente que, tanto la Carta de Nuremberg, como la Convención Sobre Genocidio y la doctrina, están de acuerdo en que el daño causado por el genocidio debe ser sobre las personas, no sobre las cosas. Además, el genocidio según la concepción de Lemkin, debe tener como móvil no un mero ataque o daño personal de mayor o menor amplitud sino un deliberado propósito de exterminio de grupos homogéneos humanos. Evidentemente la neocolonización no sólo es una cuestión de conquista; por su naturaleza propia la colonización y la neocolonización son actos depredatorios de la cultura nacional de determinado país; no puede llevarse a feliz término sin el aniquilamiento metódico de todas las características de la sociedad colonizada; simultáneamente, la potencia colonizadora o neocolonizadora se abstiene de integrar a la metrópoli a los pueblos colonizados. Para el pueblo avasallado esta política significa la extinción inevitable de su carácter nacional, con la consiguiente depredación de su idioma, sus costumbres, su cultura propia; pero esta circunstancia sería, en todo caso, una condición previa del genocidio total.

Perspectivas completamente diversas ofrece en cambio el genocidio político. Como se ha visto en Chile después del cuartelazo del 11 de septiembre de 1973, la persecución y el hostigamiento del pueblo chileno por parte de los militares que actualmente detentan el poder en ese desafortunado país andino, se ha desencadenado sobre la base de las convicciones y afiliación políticas de los perseguidos; todos los dirigentes de la Unidad Popular han sido encarcelados, muertos o torturados. Basta con la sospecha de que un individuo profese ideas socialistas para que sea encarcelado y torturado y para que su familia igualmente sea perseguida. Parece que los teóricos del genocidio y los juristas que concurrieron a la Convención Sobre Genocidio de 1948 se quedaron cortos ante la realidad histórica que, años después, ofrecería el mundo. El genocidio político es un hecho comprobado, como lo demuestra palmariamente el caso chileno. Todo parece indicar que la junta militar que usurpa el poder en Chile tiene la consigna —por parte del gran coloso imperial— de exterminar toda idea socialista, comunista o marxista en ese país austral; evidentemente los verdaderos amos de Chile temen la repetición del ensayo socialista del gobierno de la Unidad Popular. El genocidio político chileno

tiene valor admonitorio pleno para la América Latina, concretamente para los países de este continente que pretendieran sacudirse el yugo imperialista norteamericano.

Imposibilidad Jurídica de que Exista el Genocidio Económico.—Si el genocidio es la destrucción intencional de grupos humanos raciales, nacionales, religiosos, políticos o culturales, motivada por la aversión a otra raza, religión, cultura o credo político, o por resentimiento u odio hacia otra nacionalidad; si la pertenencia a un determinado grupo humano, nacional, religioso, cultural o político es objetivamente la *Ratio essendi* de este ilícito penal, difícilmente podría tipificarse el genocidio económico pues para ello sería necesario que el móvil de la infracción penal fuera la condición económica de las víctimas del delito: su pertenencia a una clase económica determinada. Lo que comunmente sucede cuando se comete cualquier tipo de genocidio es que el grupo humano hostigado cuya destrucción se pretende, es atacado no sólo física y moralmente, sino en lo económico, por lo que, a la larga, ese grupo humano resulta virtualmente despojado de toda capacidad económica, dejándosele en la indigencia. Mas no es lo mismo hostigar a una colectividad humana por pertenecer a una raza, religión, credo político o nacionalidad y provocar con ese hostigamiento su derrumbe económico a decir que se le ha hostigado por encontrarse derrumbada económicamente. El derrumbe económico de una colectividad humana sobre la cual se ha practicado el genocidio en cualquiera de sus formas, es en todo caso una consecuencia del hostigamiento, pero no el móvil del mismo. La junta militar chilena que usurpa el poder en la patria de Pablo Neruda y de Salvador Allende, ha aniquilado físicamente a la niñez chilena encareciendo los artículos alimenticios de primera necesidad, indispensables para el sano y normal crecimiento de los menores de edad. Al hacerlo comete en todo caso un crimen contra la humanidad, pero no un genocidio económico como se ha dicho. Esa gente no es perseguida por ser pobre y desvalida, sino que es pobre y desvalida porque sus padres han sido perseguidos a virtud de sus convicciones o de su militancia política. De todo lo anterior se concluye que no puede hablarse jurídicamente con propiedad de genocidio económico, ya que la condición económica de las víctimas de un hecho ilícito de esta naturaleza difícilmente podría constituir el móvil teleológico del genocidio.

CAPÍTULO VII

PRECEDENTES HISTORICO-JURIDICOS DE LA JURISDICCION INTERNACIONAL PENAL

1.—DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL.

2.—EL TRIBUNAL DE NUREMBERG.

3.—EL TRIBUNAL DE TOKIO.

1.—DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL.—El primer antecedente de tribunal internacional penal propiamente dicho, se encuentra al término de la Primera Guerra Mundial cuando en el artículo 227 del Tratado de Paz de Versalles se estipuló que el ex-emperador Guillermo II debería ser llevado ante un tribunal penal internacional “por suprema ofensa contra la moral internacional y la santidad de los tratados”. El citado artículo 227 establecía además que “si el acusado fuese declarado culpable este tribunal debería fijar el castigo que considere deba imponerse”. La ofensa a la moral internacional imputada al ex-emperador Guillermo II se hizo consistir en la violación de la neutralidad de Bélgica y Luxemburgo, garantizada por tratado por Alemania. Dice Kelsen a este respecto que la citada disposición del Tratado de Versalles convirtió las normas de moral internacional en normas jurídicas mediante la aplicación de una sanción penal; en cuya afirmación es de estimarse que Kelsen tiene razón. Además, —dice el tantas veces mencionado jurista— se penalizaba a posteriori, la violación de ciertos tratados. Finalmente, el citado artículo 227 responsabilizó por vez primera, individualmente a órganos

de un Estado por la violación de normas de derecho internacional cometidas por el Estado en cuestión.

Las normas de moral internacional a que se refería el artículo 227 —dice Kelsen— no eran aún normas de derecho internacional en el momento de ser cometidas las ofensas por las que el artículo 227 estableció una sanción penal. Lo indiscutible en este caso es que la responsabilidad penal individual por actos de Estado fue fincada con el consentimiento del Estado por cuyos actos era establecida esa responsabilidad penal individual. Este consentimiento fue de gran relevancia jurídica pues existe una norma de derecho internacional general en el sentido de que ningún Estado tiene jurisdicción penal o civil sobre los actos de otro Estado, sin el consentimiento de éste último (*par in parem non habet imperium*).

Así mismo los artículos 228 a 230 del Tratado de Paz de Versalles establecieron la obligación a cargo de Alemania de entregar a los aliados a “las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y los usos de la guerra”, a fin de que fueran juzgadas por tribunales militares de las potencias aliadas. En ambos casos, tanto por lo que hace al ex-emperador Guillermo II como en cuanto a los individuos acusados de haber cometido crímenes de guerra, el fracaso fue casi total, pues en primer lugar el gobierno holandés se negó en dos ocasiones a entregar a los aliados al Kaiser, que se había refugiado en territorio holandés. El gobierno de Holanda se fundó para ello en su calidad de tercer Estado ajeno al Tratado de Versalles, en la no aplicabilidad de los tratados de extradición en tratándose de delincuentes políticos y en la tradicional extensión del derecho de asilo a esta clase de delincuentes. De los 896 criminales de guerra reclamados por los aliados sólo fueron juzgados 45 : condenados 9 por el Tribunal Supremo de Leipzig erigido para el efecto en tribunal penal por una ley alemana expedida el 13 de diciembre de 1919, ya que las potencias aliadas renunciaron a tramitar la extradición de los culpables en vista de las sucesivas negativas de Alemania.¹³¹

Tales son, a grandes rasgos descritos, los primeros antecedentes en la historia del mundo, de tribunales internacionales penales. Su imperfec-

¹³¹ HANS KELSEN.—*Principio de derecho internacional público*. pp. 114 y 115.

ción es evidente, pero si se ha de ser realista, debe reconocerse que en alguna forma tenía que comenzar la humanidad esta ingente tarea de juzgar y castigar los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad que, por su magnitud y trascendencia, y por la alta jerarquía de los principales responsables, no sólo constituyen los principales escollos para cimentar sobre bases jurídicas sólidas una paz cierta y duradera, sino que son además fuente de serias perturbaciones morales de dimensiones universales en virtud de que la impunidad de esta clase de criminalidad suele repercutir seriamente sobre las nuevas generaciones humanas en forma por demás negativa.

2.—EL TRIBUNAL DE NUREMBERG.—Durante la Segunda Guerra Mundial, los aliados (Estados Unidos, la U.R.S.S., Gran Bretaña y Francia) hicieron, en diversas ocasiones, solemnes advertencias a Alemania, Italia y Japón, respecto a la gravedad de las violaciones al derecho internacional que estaban cometiendo y a las responsabilidades en que incurrían por tal motivo: declaración de Londres del 13 de enero de 1942 sobre el castigo de los criminales de guerra, declaración de Londres del 5 de enero de 1943 sobre depredaciones cometidas en los territorios ocupados por el enemigo, declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943 sobre el castigo de los criminales de guerra, declaración de las Naciones Unidas del 22 de febrero de 1944 sobre el oro saqueado, liquidado o retenido por las potencias del Eje y el comunicado de Yalta del 12 de febrero de 1945. En la declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943 acabada de citar, se establecieron los principios generales de la represión penal que se emprendería al término de la guerra. En esta declaración se hacía la distinción entre dos clases de crímenes de guerra: a) los menores, sometidos a represión local, es decir, estatal, dentro de la esfera del derecho común y b) los mayores, sin localización geográfica especial, dentro de cuya clase quedaba catalogado el crimen de preparación y planeamiento de una guerra de agresión, sometidos a represión internacional, es decir, al castigo conjunto de las potencias aliadas.

La persecución y el castigo de los crímenes de guerra menores cometidos por las potencias del Eje durante la Segunda Guerra Mundial quedó en consecuencia bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales de los

países aliados, no obstante lo cual esta represión ofrece un carácter internacional en virtud de que los tribunales penales nacionales desarrollaron en este punto una verdadera función internacional que se explica con apoyo en la teoría del desdoblamiento funcional. La consecuencia práctica del aspecto internacional de esta represión ejercida por tribunales nacionales fue que tanto la determinación de las infracciones como el ejercicio mismo de la represión llevara consigo la creación de reglas jurídicas comunes y la cooperación de los Estados interesados en la busca y captura de los delincuentes por medio de una Comisión de las Naciones Unidas para la persecución de los criminales de guerra. También fue una consecuencia del carácter internacional de la represión llevada a cabo por estos tribunales nacionales el que algunos de ellos se negaran a conocer las demandas de apelación o anulación interpuestas contra sus fallos fundándose en que la competencia de esos tribunales militares nacionales descansaba en la soberanía conjunta de las potencias victoriosas.¹³²

A virtud del Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 relativo al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje, celebrado entre los Estados Unidos, Francia, la URSS y la Gran Bretaña, se creó el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. La Carta de este Tribunal ofrece las siguientes características: a) En la tipificación de los delitos perseguidos no hace referencia a los códigos penales nacionales de las potencias aliadas; b) La composición internacional, o por lo menos interaliada, del Tribunal; c) Reconocimiento de amplias garantías a favor de los acusados; d) Carácter definitivo de los fallos, contra los cuales no se concedió ningún recurso de apelación ni de anulación. Este tribunal comenzó sus labores el 18 de octubre de 1945 y dictó sus sentencias el primero de octubre de 1946. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 4o. del Estatuto, las cuatro grandes potencias a quienes correspondía el nombramiento de los jueces, designaron a las siguientes personas para ocupar dichos cargos: los Estados Unidos al fiscal general Francis Biddle (suplente Parker); Francia, al profesor de derecho penal de la Universidad de París, Donnedieu de Vabres (suplente Falco); Gran Bretaña al Lord Justice Geoffrey Lawrence (su-

¹³² CHARLES ROUSSEAU.—*Derecho internacional público*, p. 570.

plente Birkett) y la URSS al vice-presidente de su tribunal supremo general Nikitchenko, (suplente Vochkov). Presidente del Tribunal, el juez inglés.

El ministerio público estuvo integrado por cuatro delegaciones presididas, la norteamericana por H. Jackson, la francesa por Charpentier de Ribes (en enero de 1946 fue sustituido por Francisco de Menthon), la británica por Shawcross (sustituido posteriormente por Maxwell-Fyfe), y la soviética por el teniente general Rudenko. Pese a su nombre de tribunal militar, por el cual se optó a fin de darles mayor celeridad a los procesos y también para simplificar problemas de competencia, más complicados en tratándose de jurisdicción ordinaria, debe hacerse notar que todos sus miembros, salvo los de la delegación soviética, fueron civiles, seleccionados entre las personalidades más conspicuas de las judicaturas y de las universidades de cada país. Se escogió como sede del tribunal la ciudad de Nuremberg por haber sido ésta el sitio predilecto de los dirigentes nazis tanto para promulgar sus leyes de persecución racial como para realizar sus más espectaculares concentraciones políticas.

Tras de algunas reuniones previas de las cuatro delegaciones ya citadas, celebradas en Berlín, donde las fiscalías formularon sus acusaciones, mismas que fueron publicadas el 18 de octubre de 1945, las sesiones del tribunal se inauguraron solemnemente en Nuremberg el día 20 de noviembre de 1945. Las sentencias definitivas fueron dictadas el día primero de octubre de 1946 tras de haberse celebrado 403 sesiones, durante las cuales declararon 94 testigos, 61 de defensa y el resto de acusación; se dio lectura a 1,809 diligencias y documentos; se analizaron 350,000 documentos, todo lo cual comprendió seis voluminosos paquetes. La sentencia por sí sola consta de 50,000 palabras y para ser leída por el presidente del Tribunal fueron necesarias dos audiencias, la del 30 de septiembre y la del primero de octubre de 1946. Acusaciones y defensas de 8 y 10 horas de duración fueron frecuentes. La defensa del acusado German Goering requirió 13 horas para ser leída.

Los acusados sometidos expresamente a la jurisdicción del Tribunal Internacional de Nuremberg fueron veintidós, uno de ellos, Martin Bor-man, en rebeldía. Los restantes fueron: German Goering, mariscal del

Reich y comandante supremo de la fuerza aérea nazi; Rudolf Hess, lugarteniente del Führer hasta 1941; Joaquín von Ribbentrop, ministro de relaciones exteriores del Reich; Alfred Rosenberg, ministro para los territorios ocupados en el sector oriental; Wilhelm Keitel, mariscal de campo y jefe del mando supremo de las fuerzas alemanas; Ernst Kaltenbrunn, jefe de la policía de seguridad; Hans Frank, gobernador general de Polonia; Guillermo Frick, ex-ministro del interior; Julio Streicher, inspirador de las campañas antisemitas y director del periódico "Stürmer"; Hjalmar Schacht, ministro de economía hasta 1936 y presidente del Reichbank; Walter Funk, presidente del Reichbank desde 1939; Carl Doenitz, almirante y canciller a la muerte de Hitler; Erich Raeder, comandante supremo de la marina de guerra hasta 1943; Baldur von Schirach, jefe de las juventudes hitlerianas y gobernador de Viena; Fritz Sauckel, plenipotenciario general de movilización; Alfred Jodl, jefe de operaciones del alto mando; Francisco von Papen, antiguo canciller y embajador en Turquía y Austria; Arturo Seyss-Inquart, ministro austríaco y comisario de los Países Bajos; Albert Speer, ministro de armamentos y de producción de guerra; Constantino von Neurath, ex-ministro de asuntos exteriores y protector de Bohemia y Moravia y Hans Fritzsche, director de radiodifusión en el ministerio de propaganda. A virtud de los fallos pronunciados fueron condenados a muerte: German Goering, Joachin von Ribbentrop, Julio Streicher, Wilhelm Keitel, Ernest Kaltenbrunn, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Arthur Seyss-Inquart y Martin Borman (éste último en ausencia). Fueron absueltos: Franz von Papen, Hjalmar Schacht y Hans Fritzsche. El resto de los procesados sufrieron sentencias condenatorias de prisión más o menos largas.¹³³

"Los sentenciados a muerte, —dice Franco Sodi— con excepción de Joseph Goebbels que se suicidó, perecieron ahorcados por las manos poco diestras de un verdugo, sargento del ejército norteamericano, quien se ufano en declaraciones hechas a la prensa para contrarrestar sin duda, el juicio despectivo que le mereció el verdugo inglés que quiso y no se le

¹³³ A. QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I. pp. 418, 419 y 420.

permitió ejecutar a los condenados, se ufanó, digo, de haber establecido un récord de velocidad en su macabra profesión".¹³⁴

Asimismo fueron incriminadas las siguientes personas morales, a saber: el gobierno del Reich, el Partido Nacional Socialista Alemán, el cuerpo de protección del mismo partido (conocido por las siglas SS y SD), la policía secreta del Estado alemán o Gestapo (Geheime Staatspolizie), las fuerzas de asalto del partido (SA) y finalmente el Estado Mayor y el Alto Mando de las fuerzas armadas alemanas.

De acuerdo con la conocida fórmula procesal anglo-sajona, todos los procesados tuvieron que pronunciarse previamente a la sentencia, por su culpabilidad o inculpabilidad, y todos ellos prefirieron unánimemente negar la acusación (to plead not guilty). El Tribunal usó como lenguas oficiales: el inglés, el francés, el ruso y también el alemán.

Los principales cargos de la acusación fueron cuatro, a saber:

- I.—Plan común o conspiración (the common plan or conspiracy).
- II.—Crímenes contra la paz.
- III.—Crímenes de guerra (war crimes).
- IV.—Crímenes contra la humanidad (crimes against humanity).

No obstante, dentro de estos diversos cargos, se les sumaron a cada uno de los procesados otros diversos de menor gravedad. El cargo primero, plan común o conspiración, es una construcción jurídica de origen anglo-sajón, que carece de substantividad propia, ya que más bien tiene el carácter de un grado en la dinámica de otro delito. Es por eso que aparecen confusamente comprendidos dentro de este rubro, actos de la más diversa morfología que se repitieron ulteriormente al formularse los cargos comprendidos bajo los rubros "crímenes contra la paz" y "crímenes contra la humanidad". Dentro del rubro "Plan común o conspiración" quedaron subsumidos algunos hechos indudablemente ilícitos pero de marcado carácter político interno como la toma del poder en Alemania por medio de recursos de muy discutible legalidad, la fundación y desarrollo

¹³⁴ CARLOS FRANCO SODI.—*Racismo, antirracismo y justicia penal*. El Tribunal de Nuremberg. Ediciones Botas. México, 1946.

del Partido Nacional Socialista, la supresión de otras organizaciones políticas o sindicales, así como la violación de las garantías constitucionales que brindaba la Constitución de Weimar.

En Nuremberg chocaron dos concepciones distintas de la "conspiracy": la anglo-sajona que le concede substantividad propia y que con tal motivo se presta a confusiones al mezclarse con las demás figuras delictivas; y la europea continental, defendida en el seno del Tribunal Militar Inter-aliado y en la doctrina, por Donnadieu de Vabres, que la concibe como un grado en la dinámica de otro delito y que prefiere configurar los supuestos conspiratorios como una pura participación criminal. Esta concepción de la "conspiracy" es la que, al decir de Quintano Ripollés,¹³⁵ ha logrado más adeptos en la doctrina.

El cargo II comprende los llamados crímenes contra la paz o sean los actos tendientes al desencadenamiento, dirección y prosecución de las diversas guerras de agresión emprendidas por Alemania, las cuales fueron consideradas criminales por haberse llevado a cabo en violación de tratados, convenios y seguridades, y pueden ser enumeradas en la siguiente forma:

- contra Polonia, el 1o. de septiembre de 1939.
- contra Gran Bretaña y Francia el 3 de septiembre de 1939.
- contra Dinamarca y Noruega el 9 de abril de 1940.
- contra Yugoslavia y Grecia el 6 de abril de 1941.
- contra la URSS el 22 de junio de 1941.
- contra los Estados Unidos el 11 de diciembre de 1941.

Protocolos violados: el Protocolo de Ginebra de 1924, la Resolución de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones de septiembre de 1927, el Pacto de Renuncia a la Guerra o Pacto Briand-Kellog de 1928 y los tratados germano-polaco de 26 de enero de 1934 y germano-ruso de 23 de agosto de 1939.

El cargo III, crímenes de guerra (war crimes) fue el que contó con una tradición más extensa en el derecho internacional penal, ya que su

¹³⁵ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I, p. 422.

perpetración implicaba la violación de las Convenciones de La Haya de 1927 y de Ginebra de 1929. En la acusación se hizo expresa mención del cargo de "guerra total", cargo que, por lo demás, fue explícitamente confesado por Alemania ya que la "guerra total" había sido practicada en dimensiones cada vez mayores con resultados, para los países agredidos, verdaderamente demolidores en abierta oposición al espíritu de las leyes y las costumbres de la guerra.

El cargo IV, crímenes contra la Humanidad (Crimes Against Humanity) constituye un tipo delictivo absolutamente inédito en la criminalidad internacional, pues aun cuando los hechos concretos en que reposa esta figura delictiva, atentatorios contra la vida e integridad física y psíquica de las personas, fueron desde siempre incluidos en todos los códigos penales nacionales del mundo civilizado, su reconocimiento y penalización en el Estatuto del Tribunal norimberguense y en sus sentencias, constituye una transposición de lo nacional a lo internacional, transposición que se justifica ampliamente tanto por las proporciones catastróficas de los crímenes cometidos, cuyas víctimas no se contaron por cientos ni por millares sino por millones de personas, como por la capital circunstancia de que esos crímenes fueron cometidos con el consentimiento, el prestigio y la fuerza del Estado y de sus órganos más conspicuos.

Por último, es la ocasión de hablar de las defensas hechas valer por los acusados. Consistieron éstas en que se violó en perjuicio de ellos el conocido principio de legalidad en materia penal: *Nullum crimen, nulla poena sin lege*; asimismo en que se violó el principio de la irretroactividad de las normas penales; la defensa alegó además que los "actos de Estado" no pueden tener trascendencia criminal; también se hizo valer la defensa consistente en que el derecho penal es inoperante frente a entidades morales como el Estado, así como que el derecho internacional es inoperante frente al individuo. Finalmente se alegó como causa de justificación de no pocos hechos incriminados la obediencia debida al superior y a la ley. Los defensores se colocaron así, en un plano normal de justicia penal interna, cuyos presupuestos no son, no pueden ser, los mismos de la justicia internacional penal ya que, como acaba de puntualizarse, la criminalidad internacional presupone en primer lugar, dimensiones desorbitadas de los actos antijurídicos catalogados como delitos internacio-

nales; en segundo lugar, esa criminalidad presupone el consentimiento, el prestigio y la fuerza de un Estado, así como la de sus órganos más conspícuos en la perpetración de los hechos incriminados. Más desafortunada resultó la labor de estos defensores por haber construido sus defensas en torno a una sistemática jurídica típicamente continental europea, que chocó con las concepciones jurídicas anglo-sajonas y rusas que fueron las que decidieron finalmente la suerte de los procesados y le dieron tono y matiz al gran proceso.

Se transcribe a continuación parte de la versión que la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas proporcionó sobre las defensas hechas valer por los procesados en Nuremberg, de acuerdo con una memoria intitulada *Carta y Juicio del Tribunal de Nuremberg*, a saber:

“Sólo los Estados son sujetos del derecho internacional; los individuos no son sujetos del derecho internacional y por tanto no pueden ser criminalmente responsables de acuerdo con el derecho internacional actual. Tal como es actualmente el derecho de gentes hace falta un principio que diga que no solamente el Estado soberano sino también el individuo puede ser sujeto del derecho internacional (La defensa de Arthur Seyss-Inquart invocó un pronunciamiento del profesor Verdross en el sentido de que los Estados, pero no los individuos, son los únicos que pueden ser sujetos de un crimen internacional conforme al derecho de gentes”).

“La defensa se empeñó en demostrar que solamente los actos de los Estados pueden ser reputados como actos de criminalidad internacional, pero no los individuos que los hayan llevado a cabo en su calidad de órganos estatales. Tal fue el argumento del abogado de Joaquín von Ribbentrop: “están encargados de cuidar los intereses de su pueblo. Si fracasan en su política entonces los pueblos a quienes trataron de servir serán los que sufran las consecuencias, en tanto que ellos serán juzgados por el juicio de la historia; pero en estricto derecho solamente podemos ser responsables ante nuestros propios países por hechos que equivalen a violaciones del derecho internacional. Los países extranjeros ofendidos por estas violaciones no pueden responsabilizar a sus dirigentes como si se tratara de hechos individuales”.

“Los abogados de la defensa admitieron, sin embargo, que los usos de la guerra excepcionalmente instituyen ciertos crímenes llamados de guerra y que el derecho internacional distingue en cuanto a estos crímenes entre la actuación individual y la actuación de las potencias extranjeras. El argumento de los actos de Estado fue aprovechado por la defensa especialmente en cuanto a la imputación del crimen contra la paz. Si se alegara que el Reich alemán había atacado a otros países violando el derecho internacional —dijeron los abogados de la defensa— el Reich sería responsable de esa violación del derecho internacional, pero solamente el Reich alemán, no los individuos, no obstante que los individuos hayan sido la cabeza del Estado. En los últimos cuatro siglos el Estado ha ganado la dignidad o categoría de una superpersona. Tal como ellos han actuado individualmente desde el principio hasta el fin. Pero los actos llevados a cabo por esos individuos, fueron de hecho, actos de Estado, no actos privados individuales”.

“Castigar a los individuos por sus decisiones como órganos del Estado con relación a la guerra o a la paz sería destrozar la noción de Estado. Esto solamente podría hacerse por abandono de los principios fundamentales del derecho internacional, tal como se concibe comúnmente. Las cosas debieran alcanzar un punto donde, de acuerdo con el derecho internacional general, los hombres que participan en el planamiento, preparación, lanzamiento y prosecución de una guerra prohibida por el derecho internacional, puedan ser llevados a una corte internacional de justicia penal, cuyas decisiones respecto de los problemas fundamentales de la existencia del Estado, quedaron sujetos al control de un super-estado. Podría uno llamar aún así a dichos Estados soberanos; aun cuando esos Estados ya no serían soberanos”.¹³⁰

Estos argumentos fueron rebatidos principalmente por el procurador británico Sir Hartley Shawcross. Negó que solamente el Estado y no los individuos puedan ser responsables ante el derecho internacional. Sería contradictorio —dijo— que solamente los Estado y no los individuos sean

¹³⁰ *The Charter and Judgement of the Nuremberg Tribunal*.—Memorandum Submitted by the Secretary General. United Nations. General Assembly International Law Commission. Lake Success. New York, 1949.

sujetos del derecho internacional. Shawcross negó la existencia de un principio tal dentro del derecho de gentes, y mencionó al efecto los casos de piratería, violación de bloqueo y los crímenes de guerra como ejemplos de sanciones penales impuestas directamente a los individuos por el derecho internacional, así como los crímenes sobre los que versa el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Shawcross hizo ver que los derechos y obligaciones de los Estados son, en última instancia, derechos y obligaciones para los hombres individualmente considerados, y que si no obligaran a los individuos no obligarían a nadie. El argumento de la defensa sobre los actos de Estado fue rebatido por Shawcross en la forma siguiente: "Entonces este argumento debe ser entendido en otra forma: donde el acto comprometido es un acto de Estado, aquéllos quienes lo llevaron a cabo como instrumentos del Estado no son personalmente responsables puesto que tuvieron títulos suficientes para actuar, por lo que pueden ampararse en la soberanía de su Estado. No he sugerido, por supuesto —agregó Shawcross— que este argumento tenga alguna ampliación a los crímenes de guerra; nosotros sostenemos —siguió diciendo— que cada uno de éstos hombres es culpable de innumerables crímenes de guerra por lo que debe desecharse el argumento hecho valer por la defensa por académico, aun cuando este método disminuya el valor de nuestros procedimientos que seguirán desarrollándose conforme al derecho internacional. Es cierto que hoy por hoy no existe autoridad sobre un Estado soberano o sobre las cabezas de sus representantes; las decisiones que ha de tomar este tribunal han de basarse en las disposiciones del Estatuto aprobado por las Naciones Unidas".¹³⁷

Mucho se ha puesto en duda la legalidad de los procesos de Nuremberg, sosteniéndose que fueron contrarios al principio de la no retroactividad de la ley y a la regla *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Charles Rousseau estima que estas objeciones no son válidas por las siguientes razones: a) El derecho positivo anterior a 1939 ya había calificado la guerra de acto ilícito y la agresión de crimen internacional (así se hizo en el artículo 10. del Tratado de Asistencia Mutua de 1923, en el preámbulo del Protocolo de Ginebra de 1924; en la resolución adoptada el 24 de sep-

¹³⁷ *The Charter and Judgement of the Nurember Tribunal.*—Memorandum Submitted by the Secretary General, United Nations, General Assembly International Law Commission, Lake Success, New York, 1949.

tiembre de 1927 por la VIII Asamblea de la Sociedad de las Naciones y en la resolución votada el 18 de febrero de 1928 por la VI Conferencia Panamericana); b) La verdadera función de la regla *Nulla poena sine lege*, cuyo objeto propio al decir de Charles Rousseau, es proteger al sujeto de derecho contra las arbitrariedades del juez o del legislador, sería desnaturalizada, si fuera utilizada para amparar la actuación del criminal, impidiendo la realización de una justicia imperiosamente reclamada por la opinión universal; c) El principio de legalidad de los delitos y de las penas queda a salvo siempre que el agente activo del delito haya tenido conocimiento del carácter delictivo de los hechos que se le imputan, sin que sea necesario que la infracción esté rigurosamente definida ni las penas exactamente precisadas en el momento en que el delito haya sido cometido.¹³⁸

En cambio para Kelsen, el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 relativo al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje, tiene el carácter de derecho penal retroactivo. "En tanto el Acuerdo de Londres establece la responsabilidad penal individual por violaciones del derecho internacional cometidas por actos de Estado, para las que al tiempo en que estas violaciones fueron cometidas sólo existía la responsabilidad colectiva, y en cuanto el Acuerdo de Londres establece la responsabilidad penal individual por actos que, al tiempo en que fueron cometidos no constituían violación alguna del derecho nacional o internacional existente (sino únicamente violación a las reglas de la moral), el Acuerdo de Londres tiene el carácter de derecho penal retroactivo (ley ex post facto). El derecho internacional general no prohíbe, como lo hacen algunas constituciones estatales, la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva. El Acuerdo de Londres no está en este aspecto en oposición con el derecho internacional general. Pero la opinión de que este Acuerdo, al establecer la responsabilidad penal individual por los delitos contra la paz determinados en el artículo 6, inciso a) de su Estatuto, no tenga fuerza retroactiva porque dicha responsabilidad penal individual había sido ya establecida por el Pacto

¹³⁸ CHARLES ROUSSEAU.—*Derecho internacional público*, p. 372.

Briand-Kellog, no tiene fundamento jurídico ni en la redacción de este Pacto ni en la intención de las partes contratantes".¹³⁰

En opinión del autor de esta tesis, el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y su Estatuto, relativos al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias del Eje, no tiene el carácter de derecho penal retroactivo; sin embargo, como afirma Kelsen, el derecho internacional general no prohíbe como lo hacen algunas constituciones estatales, la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva. Y no tiene en realidad el carácter de derecho penal retroactivo porque ya antes se habían establecido, en el derecho internacional, responsabilidades penales individuales por actos de Estado, nada menos que en el artículo 227 del Tratado de Paz de Versalles, aun cuando también es cierto que el Pacto Briand-Kellog o Pacto de Renuncia a la Guerra no le confería a su violación el carácter de delito. En cuanto a que el Acuerdo de Londres y su Estatuto sean o no contrarios a la regla *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, estima el autor de este trabajo que efectivamente dichos instrumentos internacionales contrarían este principio de arcaico sabor. La argumentación que hace Charles Rousseau en el sentido de que la verdadera función de esta regla, cuyo objeto propio es proteger al individuo contra las arbitrariedades del juez, sería desnaturalizada si fuera utilizada para amparar la actuación del criminal, constituye una petición de principio (*petitio principii*), ya que se tiene por probado lo mismo que se está cuestionando; en efecto, la función propia de esta regla (proteger al individuo contra las arbitrariedades del juez) es independiente del hecho de que, en ciertos y determinados casos, dicha regla sea aplicada en contravención flagrante de su función propia; si así sucede podrá decirse que su aplicación fue infeliz o desafortunada. No siempre es feliz la aplicación concreta de una regla o principio general; pero el buen o mal éxito de su aplicación concreta es independiente de su valor teórico. De lo que se trata es de saber si el Acuerdo de Londres y su Estatuto son violatorios del principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, mas no se trata de saber si, de haberse acatado dicho principio en el proceso de los criminales de guerra alemanes juzgados en Nuremberg se hubiera contrariado la

¹³⁰ HANS KELSEN.—*Principios de derecho internacional público*, pp. 118 y 119.

función propia de dicho principio; esto último es una cuestión distinta. Lo cierto, lo indiscutible es que dicha regla o principio sí fue violado al aplicárseles a los procesados de Nuremberg el Acuerdo de Londres y su Estatuto, lo cual nada tiene que ver con la hipótesis de que si se hubiera acatado el principio de derecho penal en cuestión se hubiera amparado o no la actuación de auténticos y nefastos criminales de guerra.

Más definitiva y concluyente parece, a juicio del autor de esta tesis, la argumentación del ilustre catedrático de la Facultad de Derecho de París en el sentido de que la legalidad de los delitos y de las penas queda a salvo siempre que el agente activo del delito haya tenido conocimiento del carácter delictivo de los hechos que se le imputan, sin que sea necesario que la infracción esté rigurosamente definida ni las penas precisadas en el momento en que el delito se cometa.¹⁴⁰ Es de estimarse que esta argumentación sí es definitiva porque los delitos que fueron tipificados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg no eran sino los vulgares delitos de homicidio, deportación, robo, lesiones, injurias graves, amenazas y demás del derecho penal común, cuya naturaleza criminal ya era de sobra conocida por todos y cada uno de los procesados de Nuremberg.

Se ha dicho que el derecho internacional penal creado por los signatarios del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, aplicado en Nuremberg primero y después en Tokio, fue un acto unilateral de las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial. Mas para hacerse este reproche era necesario que los creadores de ese derecho penal internacional hubiesen creado a su antojo caprichosas figuras delictivas y sanciones a voluntad. Los veintitrés países que aceptaron el programa jurídico que plasmó en ese derecho internacional penal contra los criminales de guerra no hicieron otra cosa que una labor mínima de sistematización para los efectos prácticos de una incriminación penal en juicio, y no una invención de crímenes que ya existían por cierto en el sentimiento jurídico de la humanidad en ese momento histórico. De la nada se creó el sistema y la técnica, que ya fue mucho crear, pero el sustratum criminal y sus raíces eminentemente inmorales de las figuras delictivas del Estatuto del Tribunal de Nuremberg ya existían y eran del dominio común desde siglos

¹⁴⁰ CHARLES ROUSSEAU.—*Derecho internacional público*, p. 572.

antes. Que la guerra de agresión sea un crimen y tal vez el mayor de los crímenes posibles, nadie lo pondría en duda actualmente; lo propio debe decirse de los actos de violencia y exterminio previstos bajo los epígrafes de "crímenes de guerra" y "crímenes contra la humanidad". Lo discutible de estas figuras delictivas no es propiamente la estimación jurídica de que se trate o no de verdaderos crímenes, sino el problema puramente técnico relativo a su definición previa por normas jurídicas formalmente válidas.

Es en el terreno de los principios jurídicos donde la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg ostenta sus mayores méritos y su más trascendental significado histórico. Tres son los principios jurídicos más relevantes que sentó dicho tribunal internacional, a saber:

- a).—El carácter criminal indubitable de la guerra de agresión. Con ello recogió una de las más notables constantes del derecho internacional occidental, nunca llevada jurisdiccionalmente a la práctica.
- b).—El haber admitido al individuo en el terreno del derecho internacional, tanto en su calidad de sujeto activo del delito como en el pasivo, pues a la vez que se acusó y condenó a hombres individualmente considerados (en su calidad de órganos o agentes de un Estado), se enjuiciaron crímenes perpetrados contra otros hombres también individualmente considerados. Al hacer esto, el Tribunal Militar Interaliado de Nuremberg cumplió uno de los más revolucionarios anhelos del derecho internacional moderno contrariando de paso la concepción clásica de que sólo los Estados y los organismos internacionales pueden ser sujetos de derecho internacional. Este paso equivale, en sana filosofía a la humanización del derecho de gentes.
- c).—Con todo y ser de suma relevancia jurídica los dos principios acabados de enunciar, la tiene aún mayor el tercero, a saber, la declaración de la decisiva supremacía del orden jurídico internacional. Así lo expresa uno de los incisos de la sentencia del tribunal de Nuremberg, al confirmar "como idea fundamental del Estatuto la de que las obligaciones internacionales impuestas a los individuos han de primar en todo caso sobre sus deberes de obediencia hacia el Estado de quien dependan, por lo que, quien viola las leyes de la guerra no pueden justificarse alegando el mandato recibido del Estado

que, al hacerlo, sobrepasó y violó a su vez los poderes y normas que el derecho internacional le reconoce".¹⁴¹

Uno de los más entusiastas panegiristas del Tribunal de Nuremberg, Antonio Quintano Ripollés, ha dicho acerca de la trascendencia del citado Tribunal: "La significación de Nuremberg en lo internacional general es inmensa y, en lo esencial, de un carácter netamente progresista. Baste considerar a este respecto la vacuo que resultaría hoy repetir la afirmación hecha todavía en 1921 por Strupp, cuando escribía que "queda aún por demostrar la creencia de los Grocio y Vattel de que las infracciones al derecho internacional sean delitos castigables en la vía penal". La sentencia norimberguense ha demostrado con suficiencia indestructible lo que el escepticismo del gran maestro positivista ponía en tela de juicio un cuarto de siglo antes. Al hacerlo así ha liberado al derecho internacional de su ancestral imperfección al carecer de fuerza heterónoma para la imperativa realización de sus normas, de siempre caracterizadas de *Leges imperfecte*. Su secular sujeción a las concepciones civilistas, dice Willy Thiele, ha dejado de tener vigor, transformándose el consabido "delito internacional" en "crimen internacional", lo que era ciertamente insólito antes de la incriminación internacional de conductas criminales específicamente humanas e individualizadas".¹⁴²

Mas no solamente debe ponderarse la relevancia jurídica que tiene el precedente histórico-jurídico establecido por el Tribunal de Nuremberg y su Estatuto en el sentido de que el orden jurídico internacional tiene primacía sobre los deberes de obediencia debidos a la ley nacional y a la jerarquía del Estado del que sea súbdito el violador. También debe ponderarse la estimativa jurídica de dichas normas penales que, de convencionales y voluntaristas como eran originariamente, fueron erigidas en postulados imperativos legales. La postura contraria, la de la tradicional fuente consensual del derecho internacional fue la que trató de servir de justificación a los ojos del nacionalsocialismo, tradicional y legalista cuando a sus fines convenía, del trato despiadadamente inhumano dado por el ejército alemán a los combatientes y prisioneros soviéticos bajo el pre-

¹⁴¹ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I. p. 429.

¹⁴² ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I. p. 430.

texto de que el Convenio de Ginebra de 27 de junio de 1929 relativo al mejoramiento de las condiciones de los prisioneros de guerra, no había sido suscrito por la URSS, por lo que no vinculaba a este país con Alemania. Quintano Ripollés estima así mismo que devinieron en imperativos legales, normas positivas de tanta importancia como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Convención Sobre Genocidio de diciembre de 1948, no obstante que, originariamente fueron normas convencionales y voluntaristas, tan convencionales y voluntaristas como el Acuerdo de Londres y la Carta del Tribunal de Nuremberg, y que cualquiera que sea el nombre técnico que se les adjudique a esos instrumentos internacionales (la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Convención Sobre Genocidio), la verdad es que ambos revelan una clara voluntad de imperio característica de las leyes generales más que de los tratados.¹⁴³

En cuanto al principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, tan frontalmente atropellado por la Carta del Tribunal de Nuremberg y por el propio Tribunal debe, sin embargo, convenirse en que, si bien es cierto que dicho principio debe ser acatado y respetado, por muchas razones dentro del fuero del derecho penal interno, como una garantía de legalidad y salvaguardia de las garantías individuales, su conservación y acatamiento resulta en cambio contraproducente en el terreno del derecho internacional penal, porque entonces esa garantía de salvaguardia de la legalidad a favor del individuo se convierte en salvaguardia de la legalidad en favor del Estado, perdiendo en consecuencia su generoso significado liberal para convertirse en patente de impunidad de los crímenes más nefandos, ya que por un encadenamiento sucesivo de jerarquías y mandatos legales derivados de los actos de Estado, se disuelven monstruosas responsabilidades hasta quedar convertidas en meras figuras retóricas.

Si se enfoca esta cuestión desde una perspectiva histórica podrá verse que el derecho penal surgió cuando no había otra opción que la impunidad o el sacrificio de alguna forma de dogmática penal. En el orden jurídico internacional de la pre-guerra no se conocía ni esa dogmática

¹⁴³ A. QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. Cit.* Tomo I. p. 93.

ni ninguna otra estructura genuinamente penal, por lo que fue necesario improvisar todo de la nada, de acuerdo, eso sí, con las necesidades prácticas del momento. La inútil tautología de que el dogma de la legalidad implica la existencia de una ley previa, llevado hasta su extremo, imposibilitaría el nacimiento del propio sistema penal, puesto que alguna vez es menester que nazca y forzosamente ha de improvisarse un día de la nada, o de fuentes no preciamente legales.¹⁴⁴ Pensar en una asamblea de ciudadanos del mundo dispuestos a redactar un código penal mundial de pies a cabeza para después someterse sin más a sus preceptos, constituiría un mito rusoniano que no conduciría a otro resultado que a la anarquía en que vivió secularmente la humanidad en materia de justicia internacional penal. Nuremberg constituye en realidad una revolución jurídica impuesta por las exigencias del momento histórico, tal como se hubiera tenido que improvisar el derecho penal entre los supervivientes de un naufragio en una isla desierta: al que robara o asesinara se le juzgaría y condenaría en justicia, aunque hasta esa isla no llegaran las previsiones legalistas normales de tierra firme.

“Con la materia ciertamente deleznable que emplearon los legisladores del Acuerdo de Londres y los magistrados de Nuremberg, era difícil, si no imposible, lograr frutos mejores que los obtenidos. Ya se vio cómo procuraron ajustarse a las normas de fuente material y formal vigentes en materia de costumbres y principios generales del derecho. Más ardua era todavía su misión al enfrentarse con el dogma de la legalidad, que de haber sido íntegramente mantenido, les hubiera vedado toda actuación punitiva, impeliéndoles al impunismo tradicional. Y sin embargo, pese a las improbas dificultades de la improvisación *ex post facto*, mantuvieron en lo posible una relativa dogmática de legalidad, referida ya no a leyes penales internacionales *strictu sensu*, que no existían, sino a tipos de normas paralelas, las de crímenes de derecho común interno para la delincuencia contra la humanidad, y las del derecho convencional o contractual (tratados) para los crímenes de guerra y contra la paz. Pero que tales disposiciones, aunque jurídicas y creadoras de obligaciones internacionales indubitales, no creaban delitos penales, es igualmente incuestionable, al menos para la mentalidad jurídico-penal europea, forjada en el

¹⁴⁴ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I. p. 93.

contacto con el derecho interno. Existía, para hablar en buena técnica penal, antijuridicidad pero no tipicidad. Los hombres de Londres y Nuremberg, lo que hicieron fue trastocar su valor jerárquico y decretar de una vez su categoría primaria y legal penal, con todas las consecuencias inherentes a tan trascendental subversión axiológica".¹⁴⁵

3.—EL TRIBUNAL DE TOKIO.—El Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, I.M.T.F.E. (International Militar Tribunal for Far East), quedó establecido en Tokio el 3 de mayo de 1946 a virtud de una proclama hecha por el Gral. Douglas Mac Arthur, general en jefe de las fuerzas aliadas en aquella zona con fecha 19 de enero de 1946, y cuyo reglamento data del 25 de abril del mismo año. Los fundamentos político-jurídicos, así como la estructura procesal y orgánica del I.M.T.F.E. fueron esencialmente los mismos que conformaron el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, creador del Tribunal de Nuremberg, no obstante lo cual existen entre ambos tribunales algunas diferencias que merecen ser mencionadas, pues revelan la intención, por parte de las potencias aliadas vencedoras, de corregir algunos defectos y errores cometidos durante la actuación del tribunal norimberguense.

Desde luego debe hacerse mención de la diferencia numérica del articulado: 30 artículos del Estatuto del Tribunal de Nuremberg y 60 en el del IMTFE, agrupados estos en cinco secciones. Se suprime como figura delictiva con substantividad propia la conspiracy o complot, tan censurada en Europa y que tantas divergencias suscitó durante las labores del Tribunal de Nuremberg, para quedar como un grado de la participación criminal o de la gravedad del delito. Los tipos delictivos fueron agrupados en el Estatuto del Tribunal de Tokio, como en el de Nuremberg, en tres clases: Crímenes contra la paz; Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad.

Otra gran ventaja sobre el tribunal de Nuremberg: que mientras éste tuvo solamente cuatro jueces con sus respectivos suplentes, lo cual dio lugar a acres censuras de manifiesta parcialidad, el de Tokio quedó inte-

¹⁴⁵ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I. p. 98.

grado con once jueces de otras tantas nacionalidades, a saber: un australiano, un canadiense, un chino, un norteamericano, un filipino, un francés, un inglés, un holandés, un neozelandés, un soviético y un hindú. El juez hindú lo fue en calidad de miembros neutral en la pasada contienda. La jurisdicción del Tribunal de Tokio fue así mismo más amplia que la del tribunal norimberguense en lo territorial.

Tampoco la jurisdicción penal internacional del Extremo Oriente fue una creación jurídica totalmente improvisada. En las reuniones de El Cairo y de Potsdam, el presidente Truman, el premier inglés Churchill y el primer ministro soviético Stalin hicieron solemnes advertencias al Japón en el sentido de que al término de la contienda se les exigirían responsabilidades penales a sus dirigentes como una de las primeras tareas de los tiempos de paz. Japón, lo mismo que Alemania, hallábase vinculado, por la mayor parte de los instrumentos internacionales pacifistas y para la humanización de la guerra, y muy especialmente era signatario de los Convenios de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativos a las leyes y costumbres de la guerra. Quedaba entonces planteado en Tokio el mismo problema que en Nuremberg respecto a la tipicidad penal de los principales actos perseguidos que, aun cuando evidentemente antijurídicos, estaban sin embargo, aparentemente protegidos por un cierto legalismo de incriminación y por la ausencia de una penalidad cualificada y cuantificada, carencias tales que tendrían que ser suplidas con las ya conocidas consideraciones de equidad, imperatividad de lo moral y por los principios generales de derecho.¹⁴⁶

Otra gran diferencia entre la jurisdicción ejercida en Nuremberg y la que se ejerció en Tokio fue resultado de los términos de las rendiciones de una y de otra potencia. El Imperio del Sol Naciente capituló el 15 de agosto de 1945 y firmó su rendición incondicional a bordo del Missouri el 2 de septiembre siguiente, pero salvando su calidad de Estado soberano, no previamente debelado como el de Alemania, cuya capital había sido ocupada y todas sus competencias totalmente asumidas por los vencedores. Las consecuencias de este hecho fueron de gran relevancia jurídica, especialmente en cuanto a la persecución de los criminales de guerra, pues

¹⁴⁶ ANTONIO QUINTANO RIFOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I. p. 435.

en virtud de que Japón conservó su calidad de Estado soberano y por hallarse bajo su dominio la inmensa mayoría de su territorio e intacto gran parte de su potencial bélico, el emperador Hirohito fue excluido de las posibles responsabilidades penales en que hubiera incurrido. En el texto de la capitulación del Missouri se dice expresamente que "la autoridad del Tenno (emperador) y de su gobierno, será sometida a la del comandante supremo de las fuerzas aliadas, quien tomará todas las medidas necesarias para la aplicación de los artículos de la capitulación" y entre esas medidas no figuró jamás la de someter a proceso penal la conducta del emperador Hirohito, muy a pesar de las protestas del representante australiano Sir William Webb y de los representantes soviéticos. El general en jefe de los ejércitos aliados Gral. Douglas Mac Arthur se limitó a asumir el control supremo del gobierno japonés e inmediatamente hizo arrestar a los más conspicuos criminales de guerra, entre los que no se incluyó al emperador; así mismo hizo disolver la banda terrorista denominada "El Dragón Negro".

Como es evidente, los móviles recónditos de la exclusión del emperador Hirohito de un proceso penal al que en justicia se había hecho merecedor, tienen marcado carácter político. El emperador Hirohito es para los japoneses no sólo un gobernante sino punto menos que un Dios; conservar su majestad y su dignidad real era una exigencia de la razón práctica; haberlo procesado hubiera constituido una imprudencia, en cambio, conservarle la vida y la calidad de emperador era facilitar el manejo y la pacificación de un vastísimo pueblo. Si Adolfo Hitler no hubiera desaparecido en el bunker de la cancillería alemana, las potencias vencedoras jamás hubiesen respetado ni su dignidad personal ni su vida, pues no solamente gran parte de la opinión pública del pueblo alemán sino la de connotados generales nazis era adversa al Führer. Así, las circunstancias reales de uno y otro caso fueron muy diversas y determinaron consecuencias jurídico-políticas distintas que la miseriosa desaparición del Führer alemán hizo menos notorias. No cabe la menor duda que, con su inexplicable desaparición, Hitler les ahorró a los aliados vencedores, un espinoso problema; de no haber sido así, a los aliados les hubiera sido muy difícil convalidar ante la justicia y ante la historia, un trato preferencial para el emperador Hirohito, leal aliado del Führer alemán.

El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente comenzó sus labores en mayo de 1946 y las terminó el 12 de noviembre de 1948; fue presidido por el australiano Sir William Flood Webb asistido por el coronel Vern Walbridge como secretario general; los demás jueces fueron: Edward Stuart Mac Dougall, canadiense; Mei Ju-Ao, chino; Bernard Victor A. Roling, holandés; Erima Harvey Bortschcraft, neozelandés; Iván M. Zaryanov, soviético; Myron C. Cramer, estadounidense (posteriormente entró en su lugar, John P. Higgins); Henri Bernard, francés; lord Patrick, británico; Rahabinode M. Pal, hindú y Delfín Jaranilla, filipino. Eran juristas, magistrados y parlamentarios en sus respectivos países. La defensa estuvo constituida por ciento cuatro abogados y asistentes legales, algunos de los cuales eran norteamericanos y japoneses; pero las diferencias entre los sistemas jurídicos norteamericano y japonés representaron un cierto impedimento para realizar una defensa jurídica uniforme. Destacaron en la barra de la defensa el capitán norteamericano Beverly M. Coleman, así como su connacional John Q. Guider y los abogados japoneses Tery Terasaki y George Yamaoka.

El ministerio público, que contaba con el decidido apoyo del supremo comando aliado, quedó representado por once naciones y en conjunto sumaron setenta y dos miembros incluyendo al procurador norteamericano Joseph B. Keenan que encabezaba la parte acusadora, seguido por el soviético Sergey A. Colunski, el británico A. S. Comyns Carr, el chino Chechuan Hsiang, el francés Robert Oneto, el australiano A. J. Mansfield, el canadiense H. C. Nolan, el holandés W. Borgerhoff Mulder, el neozelandés R. H. Quilliam, el hindú Govinda Menon y el filipino Pedro López; algunos eran civiles y otros militares.

El presidente del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente sir William Flood Webb era un prestigioso miembro de la barra de abogados australianos desde hacía cerca de cuarenta años; tenía 59 años de edad y cuando se integró el tribunal era presidente del tribunal de Queensland. Sin embargo, a pesar de su enorme prestigio, tenía la tacha de haber dirigido durante dos años una comisión investigadora de crímenes de guerra cometidos por japoneses en jurisdicción australiana. Por tal motivo la defensa elevó una protesta antes de reconocer plenamente la imparcialidad del presidente Webb. A juicio del ponente, el hecho de que el abogado australiano William Flood Webb hubiera presi-

dido la susodicha comisión investigadora de crímenes de guerra cometidos por súbditos del Imperio del Sol Naciente en áreas australianas debió haberse considerado como un impedimento para ser juez del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente toda vez que no se puede ser juez imparcial cuando se ha desempeñado una comisión investigadora de los propios delitos que se van a conocer en calidad de juzgador. La objeción puesta al presidente Webb era válida a la luz del derecho positivo mexicano; la fracción VII del artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece que "los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de Circuito y los jueces de Distrito están impedidos para conocer de los asuntos penales, administrativos y civiles por haber sido agente del Ministerio Público, jurado, perito, testigo, apoderado, patrono o defensor en el asunto de que se trata, o haber gestionado o recomendado anteriormente el asunto, en favor o en contra de alguno de los interesados".

El tribunal adoptó la lengua inglesa como principal medio de comunicación, así como el procedimiento penal anglosajón en virtud de que era el procedimiento que conocían siete de los once jueces. No obstante, algunas veces tuvo que recurrirse a formas mixtas que por tal razón resultaron originales, a fin de hacer frente a exigencias concretas de la secuela del proceso.

Las acusaciones contra los reos fueron presentadas de manera bien articulada. Veintiocho eran los procesados, a saber: general Hideki Tojo, ex-primer ministro; general Itagaki Seishiro, ex-jefe del Estado Mayor del ejército de Kwangtung, después ministro de guerra y comandante de las fuerzas de ocupación de Singapur; Umezu Yoshiro, ex-vice-ministro de guerra en los años de preparación bélica; Araki Sadao, ex-ministro de la guerra; Sato Kenryo ex-comandante supremo del ejército; Doihara Kenji, ex-comandante de la región de Manchuria y ex-jefe de los servicios especiales del ejército; Matsui Iwane, ex-jefe de las fuerzas japonesas en China; Muto Akira, ex-jefe de Estado Mayor de las fuerzas japonesas en Filipinas y ex-comandante supremo del ejército; Kimura Heitaro, ex-vice-ministro de guerra y ex-comandante de las fuerzas japonesas en Birmania; Hoshino Naoki, ex-jefe del gabinete del Primer Ministro Hideki Tojo; Hashimoto Kingoro; Hata Shunroku; Minami Jiro; almirante Shimada Shigerato, ex-ministro de marina. Entre los civiles: Hirota Koki, ex-primer

ministro de 1936 a 1937; el noble Kido Koichi, ex-consejero del emperador y jefe del Jushin —Consejo de la Corona—; Oshima Hiroshi, ex-embajador en Berlín; Shiratori Toshio, ex-embajador en Roma; Hiranuma Kiichiro, Kaya Okinori, Koiso Kuniaki y Suzuki Teiichi. Con menores responsabilidades: Togo Shigenori, ex-ministro del exterior y Shigemitsu Mamoru, ex-ministro del exterior en el gabinete del primer ministro Tojo y firmante de la rendición incondicional de Japón que subió al acorazado Missouri.

Los cargos que se les hicieron a los procesados fueron: haber conspirado contra la paz, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y haber desencadenado la agresión contra los aliados. Concretamente se tuvieron en cuenta los siguientes hechos: la invasión de Manchuria, la invasión contra China, el ataque a Pearl Harbor sin previa declaración de guerra; maltrato a los prisioneros de guerra y a las poblaciones civiles ocupadas; el saqueo de Nankín y las matanzas de Manila. Se les culpó además del exterminio de gran parte de los 78 defensores de las Filipinas capturados en 1942 en Batán, los cuales fueron obligados a caminar cerca de cien kilómetros bajo los rayos de un sol calcinante, mal nutridos y con escasas provisiones de agua; la ejecución de los aviadores norteamericanos del Doolittle en abril de 1942; la matanza de pilotos norteamericanos en 1945 llevada a cabo por oficiales japoneses a golpes de karate y de sable en el cuartel de Fukuoka; los crímenes cometidos en China contra la población civil; y la muerte de más de cien mil personas en 1938 durante el saqueo de Nankín.

Los debates concluyeron el 4 de noviembre de 1948 en que el tribunal comenzó a leer la sentencia, la cual llevó aproximadamente una semana para ser leída, pues constó de más de 1,200 páginas. En ellas se reproduce la historia de Japón durante el decenio anterior, desde que los militares se apoderaron de la dirección del gobierno hasta la preparación ideológica de los japoneses, la guerra y en fin, la dictadura de la casta militar. El largo proceso penal tardó alrededor de dos años y medio durante cuyo lapso se celebraron 419 audiencias, fueron escuchados 400 testigos, se recibieron 779 declaraciones por escrito y se analizaron 4,336 documentos. El 12 de noviembre de 1948 se leyeron lo que, según nuestro orden jurídico positivo se llama, los puntos resolutivos de la sentencia. De acuerdo con ella fueron sentenciados a muerte en la horca: el primer mi-

nistro Hideki Tojo, el Gral. Kenji Dohiara, el Gral. Seihiri Itagati, el Gral. Heitaro Kimura, el Gral. Akita Muto, el ex-primer ministro Koki Hirota y el Gral. Iean Matsui. Otros 18 acusados fueron condenados a pena de prisión perpetua o de veinte años, entre éstos últimos los antiguos ministros de Asuntos Exteriores, Shigenori Togo y Mamoru Shogemitsu (Sheginori Togo ocupaba el cargo de ministro de Asuntos Exteriores cuando la agresión a Pearl Harbor). Las ejecuciones capitales se llevaron a cabo el 23 de diciembre de 1948 en la prisión de Sugamo, cerca de Tokio, sin la macabra espectacularidad que presidió la de los jefes nazis. Se cuenta que los ajusticiados murieron exclamando ¡Banzai!, que quiere decir "venganza".

En el juicio de Tokio la defensa alegó, además de los argumentos que se hicieron valer en Nuremberg, la de incompetencia del tribunal dados los términos de la capitulación y la falta de relación jurídica entre los jueces extranjeros y los inculcados japoneses. Para superar esta irregularidad, según los abogados de la defensa, hubiera sido necesario que los inculcados japoneses hubieran sido juzgados solamente por jueces de su propio país, y no por jueces extranjeros. Como en Nuremberg, se hizo valer el principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege* y el de la irretroactividad de la ley. Pero así como en el tribunal norimberguense y por idénticos motivos, en la sentencia del Tribunal de Tokio se rechazaron estos argumentos de derecho penal interno, inaplicables a la materia internacional, ya que consagrarían la impunidad de la criminalidad de guerra y contribuirían a mantener un statu quo anárquico en pugna con las nuevas ideas y necesidades impuestas por una nueva conciencia mundial. Debe hacerse notar sin embargo, en honor de la carrera judicial de todo el mundo, que en Tokio, donde el Tribunal Militar quedó verdaderamente integrado internacionalmente con miembros de la judicatura de once naciones, los argumentos de la defensa produjeron un fuerte impacto entre los jueces, ya que su sentencia condenatoria no lo fue por unanimidad de los miembros del Tribunal. Discreparon parcialmente los jueces franceses, filipino y holandés, y totalmente el de la India Rahabinode M. Pal cuyo voto reservado concede la razón a todas y cada una de las tesis de la defensa y muy especialmente las que se refieren a la incompetencia del tribunal y a la ausencia de legalidad previa. "El estatuto mismo del tribunal —declaró algunos días después el juez francés Bernard— no estaba:

fundado sobre ninguna regla de derecho existente en el momento en que los delitos fueron cometidos. Además, en el curso del proceso han sido violados tantos principios jurídicos como para que no quepa duda de que el proceso hubiera sido anulado, por razones jurídicas, en la mayor parte de los países civilizados". Por su parte, el juez hindú Pal, llevó su desacuerdo hasta el extremo de redactar un voto reservado de 1,235 páginas para refutar las condenas.

La ejecución de éstas tuvo que ser suspendida porque los defensores de siete de los condenados intentaron un recurso de revisión ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, la cual resolvió: "El general Douglas Mac Arthur ha sido escogido y actúa como Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas. El tribunal militar fue instituido por el Gral. Mac Arthur en su calidad de jefe ejecutivo de las fuerzas aliadas. Por tanto, la Suprema Corte de los Estados Unidos no tiene ni el poder ni la autoridad para revisar, confirmar, rechazar o anular la sentencia. Así pues, la petición es rechazada".¹⁴⁷

¹⁴⁷ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Op. cit.* Tomo I. p. 437.

CAPÍTULO VIII

PROBLEMAS INHERENTES AL ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA PENAL

1.—¿DEBE FORMAR PARTE DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA HAYA?

2.—¿DEBE SUBSISTIR EN LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PENAL LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO?

1.—¿DEBE FORMAR PARTE DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA HAYA?

La opinión de la mayor parte de los internacionalistas modernos es favorable al proyecto de que sea creado, a la brevedad posible, un tribunal internacional penal que, con carácter permanente, se encargue de aplicar el derecho internacional penal en todo el mundo civilizado; mas con la misma facilidad con que se observa esta opinión predominante se puede comprobar, simultáneamente, el escepticismo que priva entre los tratadistas de derecho internacional y los más renombrados juristas con respecto a la probabilidad de que dicho proyecto sea llevado a feliz término. Josef L. Kunz, por ejemplo, es bastante explícito a este respecto; ve con gran escepticismo la propuesta creación de una corte internacional criminal como resultado directo de ciertas convicciones de índole práctica y personal. En efecto, piensa Kunz que tanto el establecimiento de un derecho internacional penal como la creación de una corte internacional de justicia criminal sólo agravarían la conducta de los Estados implicados en futuras guerras, pues cuando los hombres responsables de la conduc-

ción de esos Estados estuviesen conscientes de que la pérdida de la guerra iba a significar ser entregados al verdugo perderían todo posible escrúpulo de acatar las leyes de la guerra y de ceñir su conducta a los requerimientos mínimos de la moral internacional; además de que la historia reciente ha demostrado que la ejecución de tales normas presupone no sólo la victoria, sino la victoria absoluta, total, como la que se obtuvo sobre Alemania y Japón en 1945; de donde se sigue que quien comienza una guerra de agresión naturalmente calcula que será el vencedor de la misma y por tanto el que imponga el posterior castigo del vencido. Pone como ejemplo la aplicación de los llamados principios de Nuremberg, los cuales solamente se aplicaron contra los totalmente vencidos, pero no contra la URSS por sus agresiones a Polonia y a Finlandia. Esto lo decía Kunz en 1948. Lo propio podría decirse hoy de Francia y de los Estados Unidos por sus criminales agresiones a Vietnam, Laos y Camboya; de Francia por su atroz intervención en Argelia, de los Estados Unidos por sus inalicables crímenes en Hiroshima y Nagasaki; de los Estados Unidos por su vergonzante intervención en Santo Domingo en 1965 y por su delictuosa y cruenta agresión a Chile a fin de hacer derrocar al presidente mártir Salvador Allende. Termina preguntando Kunz: Si solamente el vencedor total puede aplicar tales normas, ¿qué clase de derecho es éste? Se necesitaría entonces, según el célebre maestro austríaco, un gobierno mundial de un Estado mundial que no existe y que, según todas las probabilidades, no existirá en un futuro previsible.

Analiza Kunz, con gran sentido crítico, la Convención sobre Genocidio de 1948 y le reprocha no haber establecido una corte internacional criminal, a cambio de lo cual dicha Convención solamente previó que las personas culpables de genocidio serán juzgadas y sentenciadas por los tribunales nacionales correspondientes. Llega a la conclusión de que la Convención sobre Genocidio carece de valor porque, si es apenas posible que el crimen de genocidio, tal como lo define la Convención, pueda ser cometido por individuos privados sin la tolerancia de los respectivos gobiernos nacionales, ¿qué tribunal penal nacional sería capaz de llamar a juicio a los miembros de un gobierno extranjero poderoso acusados de haber patrocinado directa o indirectamente a los autores materiales de un crimen de

genocidio determinado?,¹⁴⁸ Piénsese en el gobierno de los Estados Unidos cuyos más altos dirigentes han confesado paladinamente la participación de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) norteamericana y del Departamento de Estado en el cuartelazo y derrocamiento del presidente constitucional Salvador Allende, no sólo mediante el abatimiento de la economía chilena y el soborno de militares desleales, sino por medio de la organización misma del cuartelazo que puso en el poder a los milites infidentes a costa de la vida y la tortura de millares de chilenos, dirigentes gubernamentales, unos y miembros del pueblo, los demás.

Wolfgang Friedmann también piensa que deberá crearse un tribunal internacional penal encargado de aplicar el derecho punitivo de la comunidad internacional. Recuerda que en 1951 se estructuró un proyecto de carta constitutiva de la corte criminal internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Termina diciendo que ni dicha corte criminal se ha constituido ni es factible que se constituya en un futuro próximo, ya sea por los conflictos de las políticas nacionales, ya por las prohibiciones constitucionales de cada Estado, ora por las normas divergentes en materia penal de cada país, todo lo cual provoca tan profundas diferencias que impedirían que dicha corte criminal internacional llegara a funcionar en las actuales condiciones en que vive el mundo.¹⁴⁹

Alfred Verdross, en su *Derecho Internacional Público* apenas dedica unos cuantos renglones a los proyectos de las Naciones Unidas de código y tribunal internacional penal, el cual debería crearse a fin de aplicar aquel. Piensa con decidido optimismo que, cuando un tribunal penal de esta índole haya sido instituido, la jurisprudencia de los tribunales de Nuremberg y Tokio podrá ser para dicho tribunal de gran utilidad, por cuanto que sus sentencias constituirán fuentes de derecho al tenor del artículo 38, apartados c) y d) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.¹⁵⁰

¹⁴⁸ JOSEF L. KUNZ.—*Del derecho internacional clásico al derecho internacional nuevo*. Imprenta Universitaria, México, 1953.

¹⁴⁹ WOLFGANG FRIEDMANN.—*La nueva estructura del derecho internacional*, Edit. Trillas, México, 1967.

¹⁵⁰ A. VERDROSS.—*Op. cit.* p. 163.

El conde Francisco de Menthon, fiscal general francés que fue ante el Tribunal Internacional de Nuremberg (1945-1946) opina que hay motivos suficientes para crear un nuevo tribunal como el de Nuremberg. Espera que esto ocurra en un futuro próximo, pues en su opinión es preciso juzgar los más recientes comportamientos de guerra, los crímenes cometidos. En concepto del conde de Menthon sólo existe un impedimento: la división entre las grandes potencias. Y se pregunta: ¿Quién podría integrarlo y cuál sería la garantía de que actuase debidamente? A su juicio este problema es de muy difícil solución. Llega a la conclusión de que es urgente establecer el tribunal internacional de justicia penal y de instituir el código penal internacional. A pregunta especial que le hizo recientemente un reportero mexicano en Francia, contestó de Menthon, "¿Criminales de guerra?... había que iniciar una investigación exhaustiva para señalar a muchos que podrían serlo. Pero, desde luego, hay dos que ciertamente sí lo son: Pinochet y Franco".¹⁶¹

Claramente puede verse por medio de estas opiniones tan autorizadas y de otras más que no se consignan, cómo los modernos tratadistas de derecho internacional y los juristas más renombrados se inclinan por la necesidad de establecer en un futuro muy próximo, el tribunal internacional penal que, con carácter permanente, esté encargado de aplicar el derecho internacional penal entre todos los Estados de la Comunidad Internacional. El hecho de que forme o no, parte del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, carece de relevancia jurídica. En los últimos tiempos se ha hecho notoria en Europa la tendencia a aumentar los tribunales internacionales independientes del T.I.J. de La Haya, en detrimento, según Charles Rousseau, de la necesaria unidad de la jurisdicción interestatal; es así como se instituyeron el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre por el Convenio de Roma de 1950, el Tribunal Europeo de Justicia por los Tratados de 1951 y de 1952 que crearon, respectivamente, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y la Comunidad Europea de Defensa (CED). En opinión de quienes, como Charles Rousseau, es necesario que todos los tribunales internacionales se integren alrededor del

¹⁶¹ Entrevista de REGINO DÍAZ REDONDO, enviado del periódico *Excelsior* con el conde Francisco de Menthon, intitulada "Es necesario otro Nuremberg", publicada por este periódico mexicano el día 18 de mayo de 1975.

T.I.J. para darle unidad a la jurisdicción internacional, cualesquiera que sean las razones que en cada caso puedan aconsejar la especialización del juez, hay motivos para considerar que el sistema de salas de procedimiento sumario del Tribunal de La Haya proporcionaría una solución técnica equivalente, toda vez que originariamente no se había previsto la integración orgánica de nuevos tribunales en un sistema jurisdiccional único.

En opinión del autor de este trabajo, debe considerarse que el tema carece de gran relevancia jurídica. El derecho es una superestructura de lo económico y de lo político. Lo que en definitiva importa, no es que el propuesto tribunal internacional de justicia penal se integre o no a un sistema unitario de jurisdicción internacional, sino que sus jueces o magistrados sean verdaderamente independientes en lo político y en lo económico, hasta donde humanamente esto es posible, respecto de los gobiernos que los hayan designado y respecto de la entidad que pague sus emolumentos y que además se trate de personas altamente calificadas en la ciencia del derecho internacional penal y que gocen de una gran consideración moral. Si el proyectado tribunal internacional de justicia penal contara con esta clase de elementos humanos, poca o ninguna importancia tendría que formara parte del T.I.J. de La Haya, o que se integrara como un tribunal independiente. Y aún más, si se tiene en cuenta la deformación profesional que imprime cualquier clase de burocracia, y los miembros del T.I.J. son parte de una burocracia mundial, sería de desearse que el tribunal internacional penal se integrara como una corte internacional independiente, bajo el indispensable patrocinio de las Naciones Unidas que, pese a todas sus deficiencias y limitaciones, es actualmente el organismo internacional que goza de mayor autoridad moral en todo el mundo.

2.—¿DEBE SUBSISTIR EN LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PENAL LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO?

Ante el persistente embrujo que durante largos años ha ejercido sobre la judicatura la dorada leyenda del ministerio público, es tiempo ya de decir, como Marco Aurelio, quien al acercarse al supremo instante de la muerte, exclamó: ¡La comedia ha terminado! Institución híbrida que en el proceso penal juega solemnemente al gato y al ratón, el ministerio público, autoridad y parte, órgano del poder ejecutivo que monopoliza a

su arbitrio y a veces arbitrariamente el ejercicio de la acción penal, miembro putativo de la judicatura en cuyo seno constituye un auténtico enclave del poder ejecutivo, debe desaparecer de la jurisdicción internacional penal, por obsoleta. Repasemos someramente la historia funcional de esta institución. El ministerio público o ministerio fiscal es una reminiscencia romano-medieval del *procurator fisci*, por lo que, más que una elaboración lógica racionalista constituye un producto histórico. Las Partidas hablan ya del *Patronus fisci* que es ome puesto para razonar e defender en juicio todas las cosas e los derechos que pertenecen a la Cámara del Rey. Es así cómo las Partidas concebían la institución ahora llamada del ministerio público como un órgano del Estado, del ejecutivo según la terminología moderna, y si bien es cierto que lo concebían como representante de un interés público, también es cierto que al fin y al cabo ese interés era parcial en el sentido técnico de la expresión, es decir, que su actividad devenía parte en el proceso, en contraste con la imparcial neutralidad de los órganos jurisdiccionales. Al correr del tiempo, el racionalismo de la época de la Ilustración le asignó al ministerio público un cometido más afín a lo judicial sin llegar a darle una función jurisdiccional propiamente dicha, fue así como lo convirtió en representante abstracto de la ley para que ejercitara las acciones públicas en el sistema procesal acusatorio y aun en los procesos civiles. Por tanto, de representante de los intereses del rey, se convierte en organismo estatal del poder ejecutivo y al propio tiempo en institución judicial. Tal es su híbrida función que explica lo difícil que resulta precisar su intrínseca naturaleza, quizás por no haberse logrado todavía una decisiva caracterización institucional; ello se demuestra con la gran variedad de funciones y naturalezas que le asignan la doctrina y el vasto panorama del derecho comparado. En aquella como en éste su naturaleza y funciones describen el movimiento del péndulo, ya que si prevalece la función representativa de los intereses del Estado, se acerca más a la calidad de órgano del poder ejecutivo, y si por lo contrario, afirma su función de representante abstracto de la ley, se aproximará más al poder judicial.

En el sistema penal mexicano el ministerio público es, con la policía judicial, la única entidad encargada constitucionalmente de la persecución de los delitos como representante, no de la ley, sino de la sociedad; es depositario de la acción penal, en exclusivo monopolio y, en los proce-

Los criminales se constituye en parte acusadora que, eventualmente, puede hacerse ayudar por la persona o personas directamente afectadas por el delito. Representa a la sociedad en los procesos, porque según la concepción mexicana del delito, éste ofende no tanto a las personas directamente afectadas por el ilícito penal, sino a la sociedad. El ministerio público es, en consecuencia, quien representa en los procesos criminales a la sociedad ofendida por el delito. Esta circunstancia le confiere al ministerio público, tanto en México como en los países de tradición jurídica romana, una función tamizadora que, púdicamente, tanto la ley como la doctrina, han pretendido soslayar, tal vez porque se piensa que confesar paladinamente tal función en el ministerio público sería tanto como colocarlo en el papel de competidor del juzgador. Lo cierto es que, antes de ejercitar la acción penal, el ministerio público debe investigar y hacer un juicio de valor; formado éste, ejercitará la acción penal o se abstendrá de ejercitarla. Carrancá y Rivas expresa lo anterior en los términos siguientes: "La capacidad juzgadora del ministerio público es evidente. La investigación equivale a un juicio de valor, aunque sobre hechos concretos. Y el ejercicio de la acción penal descansa sobre un juicio comprobado. Esta institución debe juzgar antes de ejercitar su facultad acusatoria".¹⁵²

Quintano Ripollés expresa lo anterior en los términos siguientes: "Pues el fiscal juzga también, siquiera lo haga en un plano hipotético y provisional, y el juez, por su parte, en el fuero de su conciencia y para forjar su convicción, ha de ejercitar *in mente* funciones acusatorias y de defensa al ponderar los pros y los contras que se acrediten en el caso concreto que se le somete".¹⁵³

Por no haberse reconocido con toda honestidad esta función tamizadora del ministerio público han surgido pretendidos problemas referentes a si es procedente revisar las determinaciones de no ejercicio de la acción penal, comúnmente llamadas "determinaciones de archivo", y quién debe revisarlas, si el titular de la institución o si debe hacerlo el poder judicial.

¹⁵² RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS.—*Memoria del Tercer Congreso Interamericano del Ministerio Público*, México, 1964, p. 208.

¹⁵³ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS.—*Memoria del Tercer Congreso Interamericano del Ministerio Público*, México, 1964, p. 176.

Mas lo que interesa para el objeto de este estudio es el hecho de que el monopolio de la acción penal por parte de esta híbrida institución da lugar, con demasiada frecuencia, a que por razones políticas o por venalidad, el ministerio público deje de ejercitar la acción penal que le compete no obstante que se haya cometido real y efectivamente el delito o los delitos de que se queja el ofendido y muy a pesar de que esté comprobada la presunta responsabilidad del indiciado. Al término de la Segunda Guerra Mundial esos motivos políticos y de oportunidad circunstancial dieron lugar a que algunos criminales de guerra pequeños y medianos se sustrajeran a la acción de la justicia; lo que era conveniente para una potencia no lo era para otra y si en muchos aspectos de su actividad punitiva se pusieron de acuerdo esas potencias, en muchos otros también entraron en conflicto. El caso de la familia Krupp es bastante ilustrativo; los Estados Unidos pidieron que, en vista de que el industrial Krupp había sido declarado en estado de senilidad e imposibilitado de defenderse, compareciera en el banquillo de los acusados alguno de sus hijos; "porque toda la familia era responsable". Esa petición fue desechada. Otro caso. En opinión del fiscal francés conde de Menthon "en el juicio de Nuremberg faltaron algunos importantes reos que fueron substituidos por otros que no merecían estar allí, como es el caso de Hans Fritzsche quien, de no haberse suicidado Goebbels, nadie hubiese oído hablar de él".

Por esta razón es aconsejable eliminar de la jurisdicción internacional penal la institución del ministerio público dejando que procuradores particulares de los ofendidos desempeñen las funciones que normalmente compete desempeñar a aquella institución. O sea que, en procesos en que se persiga el delito de genocidio, crímenes contra la humanidad *strictu sensu*, crímenes de guerra y aun en casos de crímenes contra la paz puede y debe permitirse que procuradores particulares designados por los ofendidos sean los que exciten la actividad procesal del juzgador penal. Debe pensarse en la gran cantidad de criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial que, después de terminada ésta, quedaron sin castigo, pues ni siquiera fueron perseguidos oportunamente, lo que permitió que eludieran la acción de la justicia; es cierto que los grandes criminales de guerra fueron enjuiciados en Nuremberg y en Tokio; pero también es cierto que la mayoría de los pequeños y medianos criminales de guerra

quedaron sin castigo y que muchos de ellos pudieron eludir así, definitivamente, un proceso penal por todos conceptos merecido y justo.

Por otra parte, no es concebible que, en procesos penales de tanta enjundia, donde se ventila la verdad histórica y la responsabilidad de tan grandes delitos como son los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz, que afectan a la humanidad en lo que ésta considera sus más genuinos valores dignos de protección, se mediatice el coraje de los ofendidos, su dolor, sus sufrimientos o el dolor y los sufrimientos de sus deudos, los daños padecidos y se mediatice, en fin, la justicia. Podrá decirse que una de las características de la institución del ministerio público es la especialidad técnica. A este argumento habría que replicar que todo buen jurista, todo abogado competente, debe ser capaz de manejar con la mayor habilidad y competencia técnica cualquier negocio de sus especialidad que le sea encomendado. Los procuradores particulares que aquí se proponen deberán ser escogidos entre los abogados penalistas más connotados; éstos procuradores deberán ajustar su actuación a un código de procedimientos penales previamente establecido, que contenga las directrices fundamentales para la substanciación del juicio, descritas en forma sucinta y breve, sin dar lugar a dilaciones innecesarias ni argucias de mala ley. Cuando se pretende encontrar la justificación de instituir un tamiz previo entre los ofendidos por crímenes tan graves como son los que perseguiría la jurisdicción internacional penal y sus respectivos juzgadores, a lo cual equivaldría conservar la institución del ministerio público en el proceso penal internacional, se cae en la cuenta de que no existe ninguna justificación válida para ello a la luz de un recto sentido de lo que debe ser la administración de la justicia penal internacional.

CONCLUSIONES

Primera.—Mientras que para fundamentar el derecho penal de cada país, pueden tomarse en consideración además de factores de orden moral ciertos elementos de carácter político, económico, religioso, etc., que la moral ignora, en tratándose de la fundamentación del derecho internacional penal deberá ser el factor moral el principal elemento que ha de tomarse en cuenta para tipificar los delitos que persiga el derecho internacional penal.

Segunda.—El orden jurídico internacional vale en sí y por sí, independientemente de que su validez sea o no reconocida por los órdenes jurídicos nacionales.

Tercera.—La concepción objetivista del origen del orden jurídico implica la adhesión al punto de vista monista. En tanto que la concepción subjetivista tiene como consecuencia la concepción dualista del derecho.

Cuarta.—El Estado es el sujeto normal de derecho internacional público. En tanto que la práctica internacional ha negado, en términos generales, la calidad de sujetos de derecho internacional público a los individuos.

Quinta.—Deben distinguirse, sin embargo, dos situaciones de subjetividad del individuo ante el derecho internacional público: el individuo como sujeto de derechos y obligaciones directamente en su calidad de individuo, y el individuo como sujeto de derechos y obligaciones de derecho internacional público por actos de Estado (como órgano o representante del Estado).

Sexta.—La tendencia actual, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es en el sentido de conceder cada vez más al individuo la calidad de sujeto de derechos y obligaciones de derecho internacional público.

Séptima.—Hasta antes del establecimiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la obediencia debida a la ley o a la jerarquía constituía una exculpante de responsabilidad penal ante el derecho internacional. Con posterioridad a ese tribunal, la obediencia debida a la ley o a la jerarquía no libra de responsabilidad penal al autor de una infracción de carácter internacional, pero excepcionalmente puede ser tomada en cuenta como atenuante.

Octava.—La obediencia debida a la ley nacional constituye en último caso una atenuante de responsabilidad de carácter político, en tanto que la obediencia debida al superior constituye una atenuante de índole jurídica.

Novena.—El derecho internacional penal debe, a fin de colmar el anhelo universal de justicia siempre vivo y siempre insatisfecho, no mantener vigente de manera rígida y dogmática el conocido principio "Nullum crimen, nulla poena sine lege"; sino que deberá combinarlo prudentemente con un arbitrio judicial moderado y racional, basado en el método analógico y aplicado por jueces técnicos e independientes y en ejercicio de una función pública.

Décima.—Aún cuando el derecho internacional general no prohíbe la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva, es recomendable que el derecho internacional penal que de hoy en adelante se elabore distinga, para los efectos de una posible aplicación retroactiva, entre delitos intrínsecamente inmorales y delitos desprovistos de inmoralidad intrínseca.

Undécima.—En el concepto clásico de jurisdicción coexisten dos elementos substancialmente diversos entre sí: uno de índole jurídico-política, que en la materia penal lo constituye el jus puniendi; otro de carácter lógico que consiste en un silogismo.

Duodécima.—La jurisdicción no es una función esencial del gobierno, sino un acto colectivo y voluntario de parte de un número de Estados

coordinados y libres que, de hecho, consienten en llevar parte de sus derechos soberanos a una corte internacional.

Décima tercera.—Las principales figuras delictivas de la criminalidad internacional que debe conocer y castigar un tribunal internacional penal son: los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad *latus sensu* (que comprenden: el crimen contra la humanidad *strictu sensu* y el genocidio) y los crímenes de guerra. El crimen de genocidio puede adoptar las siguientes variantes: genocidio racial, genocidio nacional, genocidio religioso, genocidio político y genocidio cultural. Jurídicamente es imposible tipificar el genocidio económico.

Décima cuarta.—La Convención Sobre Genocidio de 9 de diciembre de 1948 equivale a una regresión jurídica por cuanto fue suprimido en ella el genocidio político que ya había sido tipificado en la Carta del Tribunal de Nuremberg.

Décima quinta.—Los más grandes méritos que en el terreno jurídico deben reconocérsele al Tribunal de Nuremberg y al Tribunal de Tokio son los siguientes, a saber: a) Haber establecido el carácter criminal indubitable de las guerras de agresión; b) El haber admitido al individuo en el terreno del derecho internacional público, tanto en calidad de sujeto activo, como en el pasivo; c) La declaración de la decisiva supremacía del orden jurídico internacional. Las obligaciones internacionales impuestas a los individuos han de primar en todo caso sobre sus deberes de obediencia hacia el Estado de quien dependan.

Décima sexta.—Cuando sea creado, el Tribunal Internacional de Justicia Penal no necesariamente deberá integrarse al Tribunal Internacional de Justicia de La Haya.

Décima séptima.—Es conveniente suprimir la institución del ministerio público dentro de la jurisdicción internacional penal, por obsoleta. Podría ser substituída por procuradores privados o especiales, que sean los encargados de excitar la función jurisdiccional del juzgador.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGSON, ENRIQUE.—*La Risa*. Ensayo sobre la significación de lo cómico. Editorial Prometeo, Valencia, España.
- CATHREIN, VÍCTOR S.J.—*Filosofía del Derecho: El Derecho Natural y el Positivo*. Traducción de la 2ª edición alemana por Alberto Jardom y César Barja. Madrid. 1940.
- CENICEROS, JOSÉ ANCEL.—*Trayectoria del Derecho Penal Contemporáneo*. Biblioteca Criminalia. México. 1943.
- CASTAÑEDA, JORGE.—*El Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas*.—El Colegio de México. México, 1967.
- DE LA CUEVA, MARIO.—*Derecho Mexicano del Trabajo*. 8ª edición. Edit. Porrúa. México. 1964.
- CARNELUTTI, FRANCESCO.—*Metodología del Derecho*. Traducción de Angel Osorio. UTHEA. México, 1940.
- CUELLO CALÓN, EUGENIO.—*Derecho Penal*. I tomo. Parte General. Bosh, casa editorial. Barcelona. 1940.
- CARRANCA TRUJILLO, RAÚL.—*Derecho Penal Mexicana*. Parte General. Tomo I. Edit. Porrúa. 1974.
- DEL VECCHIO, GIORGIO.—*Filosofía del Derecho*. Traducción de Luis Recasens Siches. 2ª edición. Buenos Aires. 1956.
- DÍAZ ARCINIEGA, ESTHER.—*La Coercitividad Jurídica*. Edit. Porrúa. México. 1964.
- DÍAZ CISNEROS, CÉSAR.—*Derecho Internacional Público*. Tipográfica Argentina. Buenos Aires. 1955. 2 tomos.
- FRANCO SODI, CARLOS.—*Nociones de Derecho Penal*.—Parte General. Ediciones Botas. México. 1950.
- *Racismo, Antirracismo y Justicia Penal*. El Tribunal de Nuremberg. Ediciones Botas. México. 1964.

- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO.—*Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa. 14ª edición. México. 1967.
- *La Definición del Derecho*. Universidad Veracruzana. Jalapa. 1960.
- *Ensayos Filosófico-Jurídicos*. Ediciones de la Universidad Veracruzana. Jalapa. 1959.
- *La Libertad Como Derecho y Como Poder*. Cía. General Editora. México. 1941.
- GARRIDO, LUIS.—*El Genocidio*. Revista de Ciencias Políticas y Sociales. Jul.-Sept. de 1955. México.
- HELLER, HERMANN.—*La Soberanía*. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Universidad Nacional de México. Traducción del Dr. Mario de la Cueva. México. 1965.
- JELLINEK, JORGE.—*Teoría General del Estado*. Compañía Editorial Continental S.A.. 2ª edición. México. 1958.
- KELSEN, HANS.—*Teoría Pura del Derecho*.—Traducción de Moisés Nilve. EUDEBA. Buenos Aires. 1965.
- *Principios de Derecho Internacional Público*. Traducción de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. Editorial Ateneo. Buenos Aires. 1965.
- MASSA GIL, GIL.—*La Llamada Cláusula Facultativa y su Aplicación en el Orden Internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Tesis profesional. 1961.
- Memoria del Tercer Congreso Internacional del Ministerio Público*. México. 1961.
- MARCUS G. RASKIN Y BERNARD B. FALL.—*Para el Expediente de la Tercera Guerra: Testimonios Sobre el Caso Vietnam*. Editorial Siglo XXI. México. 1967.
- NACIONES UNIDAS.—*Documentos de la Sexta Reunión Ordinaria de la Asamblea General*. Anexos, tema 48 de la Agenda.
- *The Charter and Judgment of the Nuremberg Tribunal*. Memorandum Submitted by Secretary General. Lake Success. New York. 1940.
- N. POLITIS.—*Les Nouvelles Tendances du Droit International*. París. 1927.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO.—*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Instituto Francésco de Vitoria. Madrid. 1955. 2 tomos.
- ROCCO, UGO.—*Teoría General del Proceso Civil*. Edit. Porrúa. México. 1959.
- ROSENNE, SHABTAI.—*The International Court of Justice; an Essay Political and Legal Theory*. Leyden. A.W. Sythoffs Witgeversmaatschappij. N.V. 1957.
- ROUSSEAU, CHARLES.—*Derecho Internacional Público*. Traducción de Fernando Giménez Artigues. Ediciones Ariel. Barcelona. 1961.
- RADBRUCH, GUSTAVO.—*Filosofía del Derecho*. Traducción de José Medina Echavarría. Madrid. 1933.

- SCELLE, G.—*Regles Generales du Droit de la Paix*. Recueil Cours Academia de Droit International de La Haye. Paris, 1933.
- TELFORD TAYLOR, RICHARD FALK, GABRIEL KOLKO, HANS MORGENTHAU.—*Los Crimenes de Guerra en Vietnam*. Compilación de Erwin Knoll y Judith Nies McFadden. Granica, editor. Buenos Aires, Argentina.
- DE VABRES, DONADIEU.—*La Codificación du Droit Penal*. Paris, 1948. Tomo I.
- VÉJAR VÁZQUEZ, OCTAVIO.—*Autonomía del Derecho Militar*. Editorial Stylo. México, 1948.
- VERDROSS, ALFRED.—*Derecho Internacional Público*. Traducción de la 4ª edición alemana. Aguilar editor. 1967.
- WOLFGANG, FRIEDEMANN.—*La Nueva Estructura del Derecho Internacional*.—Editorial Trillas. México. 1967.
- JOSEF L. KUNZ.—*Del Derecho Internacional Clásico al Derecho Internacional Nuevo*. Imprenta Universitaria. México, 1953.
- SORENSEN, MAX.—*Manual de Derecho Internacional Público*.—Fondo de Cultura Económica. México. 1973.
- RUSSELL, BERTRAND.—*Crimenes de Guerra en Vietnam*. Aguilar, editor. Madrid, 1967.
- VUSKOVIC, PEDRO.—*Acusación al Imperialismo*. Casa de Chile en México. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. 1975

Í N D I C E

INTRODUCCION	9
CAP. I.—ALGUNAS CONSIDERACIONES FILOSOFICAS.	19
1.—Distinción entre moral y derecho	19
2.—El delito. Nociones filosóficas	27
3.—Posibles relaciones entre el orden jurídico internacional y el orden interno.—Monismo y dualismo.—Primacía del orden jurídico internacional.	32
CAP. II.—LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL	39
1.—Los sujetos de derecho internacional	39
2.—Estado de la práctica internacional respecto a la subjetividad del individuo ante el derecho internacional	47
CAP. III.—LOS ACTOS DE ESTADO	57
1.—Aspecto sociológico de la cuestión	57
2.—Aspectos jurídicos: como acatamiento a la ley nacional y como cumplimiento de un deber de jerarquía.	60
CAP. IV.—ALGUNOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL	73
1.—El principio “Nullum crimen, nulla poena sine lege”.	73
2.—La retroactividad de la ley en el derecho internacional penal (Lex ex post facto)	80
3.—La prescripción en el derecho internacional penal	85
CAP. V.—FUNDAMENTACION DE LA JURISDICCION INTERNACIONAL PENAL	89