

12jun07

[Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia:](#)

[Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano](#)

Informe del Equipo Nizkor: |*|

Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano.

* * *

Índice:

Introducción

I. Actos cometidos por agentes estatales y paramilitares que constituyen crímenes contra la humanidad

I.1.- Definición de crímenes contra la humanidad y la caracterización como tal de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Colombia

I.1.1.- Elementos comunes a los crímenes contra la humanidad

I.1.2.- Actos que constituyen crímenes contra la humanidad

I.1.3.- Las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Colombia son crímenes contra la humanidad

I.2.- Doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre crímenes contra la humanidad

I.3.- Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre crímenes contra la humanidad

I.4.- Doctrina de Nuremberg sobre crímenes contra la humanidad

I.5.- Características de los crímenes contra la humanidad:

I.5.1.- Los crímenes contra la humanidad no prescriben:

- Aplicación del principio por tribunales ordinarios internos

- Aplicación del principio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Aplicación del principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

I.5.2.- Los crímenes contra la humanidad no se ven afectados por el principio de derecho penal ne bis in idem, que tampoco opera en los casos de cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta"

I.5.3.- Los crímenes contra la humanidad no son amnistiables bajo ningún concepto

I.6.- Los responsables de crímenes contra la humanidad han de ser enjuiciados y las comisiones de la verdad no reemplazan el deber de enjuiciar a los responsables de estos crímenes que recae sobre

el Estado

I.7.- Diferencia entre crímenes contra la humanidad y genocidio

II. Responsabilidad penal individual de agentes estatales y miembros de grupos paramilitares por la comisión de crímenes contra la humanidad

II.1.- Responsabilidad penal por pertenencia a Empresa Criminal Conjunta

II.1.1.- La Empresa Criminal Conjunta en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

II.1.2.- Organización criminal en Nuremberg

II.2.- Responsabilidad penal en base principio de "responsabilidad del superior" ("Command responsibility")

III. Instrumentos jurídicos de aplicación subsidiaria a las organizaciones criminales paramilitares

III.1.- Paramilitarismo y crimen organizado a la luz de la "Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional", conocida como Convención de Palermo

III.2.- Paramilitarismo y crimen organizado a la luz de la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción" y la "Convención Interamericana contra la Corrupción"

Anexo A. Extracto de la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 27 de septiembre de 2006 *Prosecutor v. Momcilo Krajišnik*: responsabilidad penal por participación en Empresa Criminal Conjunta [ENG]

Introducción.

El documento que presentamos tiene como finalidad dar una respuesta a un tipo de consulta que se nos ha realizado en varias oportunidades por quienes podríamos llamar operadores jurídicos en un sentido amplio. Es por lo tanto un análisis de la situación específica de los desmovilizados de las autodefensas y de las cuestiones derivadas de la aplicación de la denominada "Ley de Justicia y Paz". Como consecuencia necesaria, este análisis afecta también a todos los responsables políticos respecto de los cuales se ha demostrado su participación, directa o indirecta, en lo que en la jurisprudencia internacional actual se conoce como "empresa criminal conjunta", expresión que reemplaza en la terminología a la de "organización criminal" en el sentido de las sentencias de Nuremberg.

El presente documento no tiene como finalidad analizar jurídicamente las operaciones militares, ni las operaciones de fuerzas e individuos extranjeros en el territorio de Colombia, ni las responsabilidades de los mandos extranjeros de conformidad con el derecho internacional y el derecho internacional humanitario. Tampoco se analiza la guerra civil en Colombia desde la óptica del derecho internacional, análisis jurídico que sería necesario a la hora de tratar la cuestión de las guerrillas y, especialmente, la actuación de las FARC-EP.

Dejamos por tanto fuera de este análisis varios aspectos que, a nuestro entender, necesitan de un estudio separado como son: la cuestión de la actuación de los responsables militares en sus zonas jurisdiccionales; la cuestión de la guerra civil que, como mínimo, dura ya más de 40 años y de sus actores militares y civiles; la aplicación del derecho internacional humanitario en el conflicto; la cuestión de la guerrilla y especialmente de las FARC vis-à-vis del derecho internacional

humanitario y del derecho internacional y, por supuesto, la actual cuestión del intercambio de prisioneros o de "rehenes políticos" según el lenguaje oficial del Palacio del Elíseo.

El análisis que presentamos se adecúa al estado actual de la jurisprudencia en el derecho internacional, la cual, en los últimos años, ha tenido un avance decidido al reconocerse expresamente la figura de "crímenes contra la humanidad" en la jurisdicción ordinaria en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y también por una decisión del Tribunal Europeo de derechos humanos, avances que se recogen en forma amplia en el informe.

Este informe es en cierta forma un análisis del derecho aplicable desde el punto de vista del derecho de las víctimas, tal cual ha sido recogido por varios instrumentos del Sistema de Naciones Unidas, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

El hecho de utilizar esta figura tiene una repercusión directa en el tipo de prueba necesaria y en la forma de analizar las responsabilidades penales individuales tanto de civiles, militares y agentes del estado en sentido amplio, como de representantes parlamentarios y de la administración local.

Desde este punto de vista, la finalidad del mismo es la socialización pública de la jurisprudencia aplicable y de la necesidad de comprender que la justicia es una condición necesaria de un sistema de derecho.

No existe excepcionalidad alguna posible porque las responsabilidades por la comisión de estos delitos atroces, delitos del tipo más grave conocido por la humanidad, no prescriben ni pueden amnistiarse, ni indultarse y, menos aún, exceptuarse de los procedimientos rituarios penales.

En ese sentido, los hechos ocurridos en el marco de las declaraciones públicas ("versiones libres") de Salvatore Mancuso y del criminal conocido por alias "El Alemán", son un escarnio a la justicia y una degradación de la justicia penal al punto de promover, no ya la impunidad, lo cual es su finalidad expresa, sino la repugnancia de los ciudadanos ante el propio sistema de justicia.

Desde esa óptica, el presente informe es una respuesta a las propuestas del presidente de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Eduardo Pizarro Leongómez, quien específicamente consideró que el modelo de justicia transicional que adoptaba Colombia era un copia del modelo chileno. [1]

Pues bien, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, es una respuesta desde la justicia al modelo de impunidad chileno y esa es nuestra respuesta a este discurso de excepcionalidad jurídica en armonía con el discurso de estado de excepción global de la actual Administración estadounidense, encabezada por el presidente George W. Bush.

En ese sentido podemos sobrepasar sin vergüenza la frase de Georges Clemenceau y decir que "La justicia transicional es a la justicia, lo que la justicia militar es a la justicia" y estamos seguros de que no hacemos una utilización perversa del sentido de su frase original, que muchos adjudican erróneamente a Groucho Marx y que dice aquello de que "La justicia militar es a la justicia, lo que la música militar a la música".

También pretendemos que sea una respuesta racional a todos aquellos que, de buena fe, hacen frente a la actual situación de la cuestión colombiana y especialmente quienes lo hacen desde el sistema judicial y desde el activismo de derechos humanos y libertades civiles. Esperamos en este sentido que este documento sirva a la necesaria socialización de la jurisprudencia y de la aplicación de lo

que para muchos son las nuevas figuras de "crímenes contra la humanidad" y pueda ser utilizado, no sólo en los procedimientos jurídicos, sino en el necesario discurso de defensa y representación de las víctimas.

Es también una respuesta a los gobiernos europeos que mantienen un doble discurso jurídico, el cual, no sólo es contrario a la legalidad de sus propios sistemas de justicia, sino que pretende una forma de injerencia de nuevo tipo: si los delitos se comenten en Europa se aplica la justicia a partir de tribunales "ad hoc", como fue el caso de la ex Yugoslavia, pero si esto ocurre en países donde se confiere primacía al control social y económico y, por tanto, la ingerencia directa, entonces se defienden modelos de "justicia transicional" o modelos de impunidad como los defendidos, por ejemplo, por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de España.

La excepcionalidad penal implícita en esos modelos es una forma, a nuestro entender, de crear las bases de un estado de excepción global basado en la excepcionalidad jurídica, militar y diplomática, pero que garantizaría los derechos y libertades a los ciudadanos de los países centrales. No obstante, es por todos conocido que este tipo de proyectos mesiánicos conllevan en lo jurídico en-sí-mismos las condiciones de la violación de las libertades civiles y los derechos humanos de sus propios ciudadanos.

La afirmación de que estos derechos son indivisibles y universales, principalmente contenida en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1991, no es una declaración arbitraria, simplemente quiere decir que las libertades civiles y los derechos humanos sólo pueden existir si se defiende en todo tiempo y lugar su universalidad.

El intento actual de crear un nuevo modelo de impunidad en Colombia debe necesariamente obviar el derecho internacional y, por supuesto, no debe tener en cuenta en absoluto la doctrina de la Corte Interamericana, ya que en los últimos treinta años la lucha contra la impunidad tuvo consecuencias directas en la doctrina jurídica interamericana. Es por eso más peligroso, porque el modelo colombiano conlleva en sí mismo el retroceso del avance jurídico del derecho de los derechos humanos en América Latina.

Un reflejo de ello, en la utilización pragmática del derecho, lo podemos ver en el documento hecho público por la prensa colombiana y que corresponde a un dictamen elaborado por "Lawyers Enterprise" por y para la defensa de los paramilitares y, especialmente, de los políticos imputados y/o procesados como consecuencia de las investigaciones de la Corte Suprema colombiana.

Reproducimos el segundo y tercer párrafo de dicho informe que explica por sí sólo lo que queremos decir:

"Como alternativa de respuesta al problema jurídico planteado, el presente concepto propone una estrategia jurídica adecuada que implica una mixtura entre la Ley 782 de 2002 y el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 y parte del cambio de adecuación típica de concierto para delinquir a sedición, bien sea en la Fiscalía, o en la Corte. Esta solicitud de cambio de adecuación típica no implica necesariamente el reconocimiento por parte del solicitante de su calidad de sedicioso.

La estrategia planteada no opera si, además de existir imputación por concierto para delinquir, hay imputación por delitos de narcotráfico y de lesa humanidad, toda vez que tales conductas no son conexas con la primera ." [2]

Este documento reseña lo que pretende ser una estrategia jurídica pero que es mejor denominar ingeniería jurídica, toda vez que no pretende la aplicación del derecho y la justicia, sino la pura violación de los principios del derecho penal y del derecho a la justicia.

Por último analizamos en el documento lo que denominamos "Instrumentos subsidiarios" de aplicación, siendo el más importante cualitativamente la denominada "Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional", conocida como "Convención de Palermo", ratificada por Colombia, que es de obligado cumplimiento por parte del Estado y de la justicia colombiana y que, sin embargo, no ha sido utilizada, no por desconocimiento, sino por voluntad expresa de los propios jueces.

Esta convención tiene como propósito hacer frente a la cuestión del crimen organizado, que es un tipo de organización que tiene como finalidad la comisión de delitos en forma sistemática, y, cuyo símbolo paradigmático en Colombia es, en este momento, Salvatore Mancuso, hombre ligado, según la justicia italiana, a la organización criminal 'Ndrangheta, que es hoy por hoy la mayor organización criminal europea y, posiblemente, la segunda a nivel internacional detrás de la poderosa y poco conocida mafia china.

Hacer frente al crimen organizado es una necesidad básica de un estado de derecho y en América Latina este problema ha ido en aumento desde mediados de los años sesenta, cuando fue posible documentar el accionar de la mafia corsa en Argentina, Paraguay y Perú [3].

Desde entonces el crimen organizado no ha hecho más que crecer en tamaño e influencia y hoy es un problema estructural en México, Guatemala, Perú, Bolivia y, por supuesto, en Colombia.

El crimen organizado en términos de la Convención de Palermo afecta a los sistemas políticos y militares y produce efectos muy amplios en los mercados financieros y en la estructura de precios de las materias primas. Excede en mucho a la sola cuestión del narcotráfico. Este tipo de organizaciones tienen entre sus negocios más importantes, y por este orden: el tráfico de mujeres, el tráfico de esclavos, el tráfico de niños, el tráfico de armas y el narcotráfico, entre una gran cantidad de delitos que son consecuencia de su propio accionar y que tienen que ver con la administración de sus inmensos beneficios.

El modelo colombiano de impunidad incluye por primera vez en América Latina la inmunidad expresa de los integrantes del crimen organizado en forma pública. Los modelos anteriores afectaban directamente a militares, paramilitares y ejecutores civiles, pero nunca se había planteado en forma tan pública y desvergonzada que personas como Salvatore Mancuso puedan ser consideradas dignos de protección por parte del Estado, lo que estaría convirtiendo al Estado en cómplice del crimen organizado.

Desde esta perspectiva, el modelo colombiano estaría comprendido en la frase de Jeremy Bentham (1748 - 1832) que tanto hemos usado en nuestra campaña en contra de la impunidad: "Del poder de perdonar sin límites, surge la impunidad de la delincuencia en todas sus formas; de la impunidad de la delincuencia en todas sus formas, la impunidad de todas las formas de maldad; de la impunidad de todas las formas de maldad, la descomposición de los gobiernos; de la descomposición de los gobiernos, la descomposición política de la sociedad".

Esta frase es, desde nuestro punto de vista, el paradigma jurídico y social al que tiene que hacer frente la sociedad colombiana en su conjunto y muy especialmente el sistema de justicia y los activistas de derechos humanos y libertades civiles, con el apoyo de las organizaciones del resto de América Latina, Europa y los Estados Unidos que están aún dispuestas a defender los principios de paz con justicia y libertad.

I. Actos cometidos por agentes estatales y paramilitares que constituyen crímenes contra la humanidad.

I.1.- Definición de crímenes contra la humanidad.

El derecho internacional, como se detallará a continuación, ha instituido claramente los crímenes contra la humanidad como cualesquiera de una serie de actos inhumanos, incluidos el homicidio intencional, el encarcelamiento, la tortura, la desaparición y la violencia sexual, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil, tanto en tiempos de guerra como de paz.

Entre tales actos inhumanos se encuentran: el asesinato, el exterminio, la tortura, el sometimiento a esclavitud, la deportación, la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, el encarcelamiento arbitrario, la desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos.

Es decir, cuando este tipo de actos se cometen de manera sistemática o a gran escala, dejan de ser crímenes comunes para pasar a subsumirse en la categoría más grave de crímenes contra la humanidad.

El Secretario General de las Naciones Unidas explicó que los crímenes contra la humanidad contemplados en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (en adelante "TPIY") se referían a "actos inhumanos de naturaleza muy grave ... cometidos como parte de un ataque extendido o sistemático" [4]. De igual modo, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante "TPIR"), confiere jurisdicción al Tribunal de Ruanda sobre crímenes contra la humanidad "cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático". [5]

Según Doudou Thiam, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (1983 - 1995): "Un acto inhumano cometido contra una sola persona podría constituir de un crimen contra la Humanidad si se situara dentro de un sistema o se ejecuta según un plan, o si presenta un carácter repetitivo que no deja ninguna duda sobre las intenciones de su autor (...) un acto individual que se inscribiera dentro de un conjunto coherente y dentro de una serie de actos repetidos e inspirados por el mismo móvil: político, religioso, racial o cultural". [6]

En el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (en adelante, "Código de Crímenes"), la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas explica que "forma sistemática" quiere decir "con arreglo a un plan o política preconcebidos. La ejecución de ese plan o política podría llevar a la comisión repetida o continua de actos inhumanos. Lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o política más amplios". [7]

La Comisión de Derecho Internacional entiende por "comisión en gran escala" que "los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. Este requisito excluye el acto inhumano aislado cometido por un autor por su propia iniciativa y dirigido contra una sola víctima" [8]. El Estatuto de Nuremberg tampoco incluía este requisito. No obstante, el Tribunal, al examinar los actos inhumanos como posibles crímenes de lesa humanidad subrayó también que la política de terror "se realizó sin duda a enorme escala" [9]. En el texto aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional se utilizó la expresión "de manera... masiva" para indicar el requisito de una multiplicidad de víctimas. Esta expresión se sustituyó por la de "en gran escala" en el texto de 1996, por ser suficientemente amplia para comprender distintas situaciones que supongan una multiplicidad de víctimas, por ejemplo como consecuencia del efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o del efecto aislado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud.

Se trata de dos requisitos alternativos, en consecuencia, un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualquiera de esos dos requisitos.

En el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 (que contiene las directrices para esta cuestión desarrolladas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y que se tomó como base para formular el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), artículo 18, se exige también una actuación "instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo".

Esa instigación puede pues provenir de un gobierno o de una organización o grupo. La alternativa tiene por objeto, según la Comisión de Derecho Internacional, excluir el caso de que una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno, o de un grupo u organización.

Baste recordar que el Tribunal de Nuremberg declaró el carácter criminal de varias organizaciones creadas con el fin de cometer, *inter alia*, crímenes contra la humanidad. El Estatuto de Nuremberg y las sentencias reconocieron la posibilidad de una responsabilidad penal basada en la pertenencia de una persona a una organización criminal de esa índole.

Una conducta criminal aislada de una sola persona, explica la Comisión de Derecho Internacional, no constituiría un crimen contra la humanidad. "Sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos [crímenes contra la humanidad] previstos en el artículo 18". [10]

Por último, y conforme a la redacción del artículo 18 del Código de Crímenes ya mencionado, la definición de crímenes contra la humanidad no incluye el requisito de que el acto se cometa en tiempo de guerra o en relación con crímenes contra la paz o con crímenes de guerra, tal cual exigía el Estatuto de Nuremberg. La autonomía de los crímenes contra la humanidad se reconoció en instrumentos jurídicos posteriores, que no incluyeron ese requisito. Ni la Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control, aprobada poco después del protocolo de Berlín, ni la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 [artículo 1(b)], ni los Estatutos más recientes de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (artículo 5) y Ruanda (artículo 3), incluyen ningún requisito de conexión sustantiva con otros crímenes relacionados con un estado de guerra.

I.1.1.- Elementos comunes a los crímenes contra la humanidad.

La sentencia del TPIY de 27 de septiembre de 2006 recaída en el caso *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* [11], define los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad de una manera sintética y clara, recogiendo la doctrina que ha ido aplicando el tribunal a lo largo de los años en que ha funcionado. El único elemento que no es predicable respecto de los crímenes contra la humanidad en general, es el consistente en que éstos aparezcan ligados a la existencia de un conflicto armado. Este vínculo es, como aclara el propio TPIY, una limitación jurisdiccional que le viene impuesta a este tribunal por el propio Estatuto, pero no forma parte de la definición de crímenes contra la humanidad basada en el derecho consuetudinario. En el plano convencional, o de los tratados, la propia "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" [12] de las Naciones Unidas, señala en su artículo I:

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:
...

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, ... aun si esos actos no

constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Efectuada esta aclaración, se transcriben a continuación los párrafos correspondientes de la sentencia Krajisnik a efectos de explicar cuáles son los elementos comunes a los crímenes contra la humanidad:

702. El acta de acusación formula cinco cargos de crímenes contra la humanidad contra el Acusado al amparo del Artículo 5 del Estatuto del Tribunal. Se le acusa de exterminio (cargo 4) o, alternativamente, de asesinato (cargo 5), de conformidad con los Artículo 5 b) y 5 a) del Estatuto, respectivamente. Los crímenes de deportación (cargo 7) y "otros actos inhumanos (traslado forzoso)" (cargo 8) son formulados separada y acumulativamente siguiendo los Artículos 5 d) y 5 i) del Estatuto, respectivamente. Al procesado también se le acusa de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos (cargo 3) de conformidad con el Artículo 5 h) del Estatuto.

703. El Artículo 5 del Estatuto dispone: "El Tribunal Internacional estará facultado para enjuiciar a las personas responsables de los siguientes crímenes cuando hayan sido cometidos en el marco de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil", a lo que le sigue un listado de los crímenes. El párrafo entrecomillado incorpora los requisitos generales de los crímenes contra la humanidad. La Sala procederá a considerar la interpretación judicial de estos requisitos.

704. Cometidos en el marco de un conflicto armado. Ésta es una limitación jurisdiccional que pesa sobre el Tribunal y que no es parte del la definición de crímenes contra la humanidad establecida en derecho consuetudinario [13]. [...]

705. Ataque generalizado y sistemático dirigido contra cualquier población civil. Para que los actos del perpetrador constituyan un crimen contra la humanidad han de formar parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil. Bajo este requisito general, han de distinguirse los siguientes elementos:

- (i) ha de existir un ataque;
- (ii) el ataque ha de ser generalizado o sistemático;
- (iii) el ataque ha de estar dirigido contra cualquier población civil;
- (iv) los actos del perpetrador han de ser parte del ataque;
- (v) el perpetrador ha de saber que existe un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y que sus actos son parte de este ataque. [14]

706. La Sala realiza también las siguientes observaciones jurídicas:

(a) Ataque. La noción de "ataque" es diferente de la de "conflicto armado", aún si el ataque y el conflicto armado pueden estar relacionados e incluso ser indistinguibles . [15] Un ataque lo conforma una conducta que causa un daño físico o mental, así como los actos preparatorios de esa conducta. [16]

(b) Generalizado o sistemático. "Generalizado" se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque. [17] "Sistemático" hace referencia al carácter organizado del ataque. [18] La prueba de la existencia de un plan o una política detrás del ataque constituye prueba relevante de este elemento, pero la existencia del plan o la política no es un elemento jurídico propio del crimen. [19]

(c) Dirigido contra cualquier población civil. A la hora de determinar el alcance del término población "civil", la Sala de Apelaciones ha considerado relevante el Artículo 50 del Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949, a pesar de que las Convenciones son fuentes

primarias del derecho internacional humanitario. El protocolo define a un "civil" como a todo individuo que no es miembro de las fuerzas armadas o que, en todo caso, no sea un combatiente. Población civil engloba todas las personas que son civiles en ese sentido. El Artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra es también una guía sobre el significado de "población civil" a los efectos de crímenes contra la humanidad. Esta disposición refleja "consideraciones elementales de humanidad" que son de aplicación bajo el derecho internacional consuetudinario a cualquier conflicto armado . [20] Fija un nivel mínimo de protección de las "personas que no participen directamente en las hostilidades." De conformidad con la jurisprudencia sobre este asunto, la Sala entiende que "población civil", a los efectos de crímenes contra la humanidad", incluye no sólo a los civiles en sentido estricto, sino también a las personas que no participan directamente en las hostilidades . [21]

La expresión "dirigido contra" indica que es la población civil la que ha de ser el objeto principal del ataque. No se requiere que el ataque se dirija contra la población civil de la totalidad del área en consideración . [22]

(d) Los actos del perpetrador han de ser parte del ataque. Este elemento tiene como finalidad excluir los actos aislados. Un acto se consideraría como acto aislado cuando tiene que ver tan poco con el ataque, considerando el contexto y las circunstancias en que fue cometido, que no puede afirmarse razonablemente que haya sido parte del ataque. [23]

(e) Conocimiento por parte del perpetrador. El perpetrador ha de saber que existe un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil y que sus actos son parte de ese ataque. [24] No es necesario que el perpetrador tenga un conocimiento detallado del ataque. No son relevantes los motivos que inducen al perpetrador a tomar parte en ese ataque. No es necesario que el perpetrador comparta la finalidad del ataque, y puede cometer un crimen contra la humanidad por razones meramente personales . [25]

Por su parte, la sentencia Núm. 16/2005, de 19 de abril de 2005, dictada por la Audiencia Nacional española en el caso Adolfo Scilingo [26], lleva a cabo una sistematización de los elementos definidores del crimen contra la humanidad a partir precisamente de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

"La definición del delito de lesa humanidad en nuestro Código penal viene establecida sobre la base de la comisión de un hecho concreto: homicidio; lesiones; detenciones ilegales, etc. (delito subyacente), dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, considerando que, en todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; 2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

(...) En cuanto a los elementos definidores del delito de lesa humanidad, la jurisprudencia del Tribunal de la Ex-Yugoslavia, a través de distintas sentencias de aplicación de su Estatuto, ha venido estableciendo una serie de elementos o puntos definidores del delito y su prueba, que por su utilidad y aplicabilidad al presente caso, sistematizamos a continuación:

1) El crimen tiene que ser cometido directamente contra una población civil. ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22.02.2001; (Appels Chamber) 12.06.2002. parr 90.

2) No es necesario que sea contra la totalidad de la población, pero si un número suficiente

(representativo de ella) ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12.06.2002, parr 90.

3) La población ha de ser predominantemente civil. ICTY Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, parr. 180; Naletilic and Martinovic, (Trial Chamber) 31.03.2003, parr. 235; Jelusic, (Trial Chamber) 14.12.1999, parr. 54.

4) La presencia de no civiles no priva del carácter civil a la población. Prosecutor v. Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14.01.2000, para 549.

5) Procede hacer una interpretación amplia del concepto de población civil. Jelusic, (Trial Chamber) 14.12.1999, parr. 54; Prosecutor v. Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14.01.2000, para 547-549.

6) La protección se refiere a cualquier población civil independiente de que sea a la propia población civil. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29.11.2002, parr. 33;

7) La exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político de facto.

7) El ataque debe ser "generalizado o sistemático". Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22.02.2001, para 431;

Generalizado: Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, para 179; BlasKic (Trial Chamber) 3.03.2000, para 206; Martinovic, (Trial Chamber) 31.03.2003, parr. 236;.

Sistemático: Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12.06.2002, parr 94; Naletilic and Martinovic, (Trial Chamber) 31.03.2003, parr. 236; BlasKic (Trial Chamber) 3.03.2000, para 203.

8) El ataque es el que debe ser "generalizado o sistemático", no los actos del acusado.

9) Puede ser calificado como crimen contra la humanidad un simple acto, si está en conexión con un ataque "generalizado o sistemático". Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, para 178; Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14.01.2000, para 550.

10) Es necesario tener en cuenta que existen muchos factores definidores de cuando un ataque es "generalizado o sistemático" y que son inferibles del contexto.

11) Los ataques deben ser masivos o sistemáticos o que se ejerzan en el marco de una política o plan estatal, pero no es imprescindible que se dé este último elemento.

12) Intencionalidad. El autor debe tener el propósito o intención de cometer los delitos subyacentes. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29.11.2002, parr. 37;

13) Los motivos del sujeto resultan irrelevantes. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12.06.2002, parr 103; Tadic (Appels Chamber) 15.07.1999, parr 270-272; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, para 187.

14) Resulta irrelevante si los actos son directamente contra la población civil o simplemente contra una persona concreta. Lo relevante es que el ataque sea contra la población civil y no los actos concretos. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12.06.2002, parr 103.

15) La intencionalidad discriminatoria solo es necesaria para el delito de persecución. Tadic (Appels

Chamber) 15.07.1999, párr. 283,292,305; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, párr. 186; BlasKic (Trial Chamber) 3.03.2000, párr. 244, 260; Todorovic (Trial Chamber) 31.07.2001, párr. 113.

16) Conocimiento: El autor debe tener conocimiento de que participa en un ataque generalizado o sistemático. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12.06.2002, párr. 102, 410; , Tadic (Appels Chamber) 15.07.1999, párr. 271; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, párr. 185; BlasKic (Trial Chamber) 3.03.2000, párr. 244, 247; o alternativamente admite el riesgo de que sus actos formen parte de él. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29.11.2002, párr. 37; BlasKic (Trial Chamber) 3.03.2000, párr. 257; Krnojelac (Trial Chamber) 15.03.2002, párr. 59.

Debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto,

17) No son necesarios conocimiento de los detalles del ataque.

Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12.06.2002, párr. 102; Krnojelac (Trial Chamber) 15.03.2002, párr. 59.

18) No es necesario que el participe deba aprobar el contexto del ataque en el que se enmarcan sus actos. Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26.02.2001, párr. 185.

19) Este conocimiento del contexto es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, función o posición del acusado dentro del mismo, su relación con las jerarquías políticas o militares, amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etc.. Blaskic (Trial Chamber) 3.03.2000, párr. 258-259.

20) Tratándose de delitos subyacentes, en caso de homicidio no es necesario el cadáver para la existencia del delito. Krnojelac (Trial Chamber) 15.03.2002, párr. 326. (...)

I.1.2.- Actos que constituyen crímenes contra la humanidad.

Aunque los instrumentos legales posteriores a Nuremberg han profundizado en la definición de crímenes contra la humanidad, existe un acuerdo generalizado sobre los tipos de actos inhumanos que constituyen crímenes contra la humanidad, los cuales son esencialmente los mismos que se reconocían hace casi ochenta años. A la luz del desarrollo actual del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, constituyen crímenes contra la humanidad el genocidio, el apartheid y la esclavitud. Así mismo, han sido considerados crímenes contra la humanidad la práctica sistemática o a gran escala del asesinato, la tortura, las desapariciones forzadas, la detención arbitraria, la reducción a estado de servidumbre, los trabajos forzados, las persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, las violaciones y otras formas de abusos sexuales, la deportación o traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario [27].

De este modo, el Artículo II, párr. 1 de la Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control, promulgada para hacer efectivos los términos de la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943 y del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1975, define los crímenes contra la humanidad del siguiente modo:

(c) Crímenes contra la Humanidad: atrocidades y ofensas incluyendo, pero no limitadas a, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, o cualesquiera actos inhumanos cometidos contra una población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

(d) Pertenencia a las categorías de grupo u organización declarados criminales por el Tribunal Militar Internacional.

Más recientemente, los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), en sus artículos 5 y 3 respectivamente, definen los crímenes contra la humanidad como sigue:

Crímenes contra la humanidad.

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.

Esta definición está basada en la primera parte del artículo 6(c) del Estatuto de Nuremberg y la misma hace referencia también a los actos de persecución que, de hecho, constituyen la segunda categoría de crímenes contra la humanidad contenida en el Estatuto del Tribunal.

El exterminio es un crimen contra la humanidad, y por lo tanto punible bajo el Derecho Internacional. El exterminio es reconocido como crimen contra la humanidad en el artículo 6(c) del Estatuto de Nuremberg; artículo II(1) (c) de la Ley Núm. 10 del Consejo Aliado de Control, órgano supremo de los aliados en Alemania, ocupada después de la II G.M.; artículo 5(c) del Estatuto de Tokio y Principio IV(c) de los Principios de Nuremberg. Se incluyó también en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la Antigua Yugoslavia (artículo 5) y Ruanda (artículo 3), así como en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad [1954: artículo 2, párr. 11 y 1996: artículo 18(b)].

La práctica sistemática o generalizada del asesinato es un crimen contra la humanidad, conceptualizado además como tal por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El asesinato se reconoce como crimen contra la humanidad desde la I Guerra Mundial, en la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia de 1915, y, por la Comisión de la Conferencia de Paz 1919. Desde entonces, el delito de asesinato ha sido contemplado como un crimen contra la humanidad en el Estatuto de Nuremberg, artículo 6(c), la Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control, artículo II, pár. (c), el Estatuto del Tribunal para el Lejano Oriente, artículo 5(c); Principio VI c) de los Principios de Nuremberg; Estatuto del ICTY, artículo 5(a); Estatuto del ICTR, artículo 3(a), artículo 18 del proyecto de Código de Crímenes de 1996 y artículo 2, párr. 11 del proyecto de código de 1954.

En el proyecto del Código de Crímenes, la Comisión de Derecho Internacional explica que el asesinato "es un crimen claramente tipificado y bien definido en la legislación nacional de todos los Estados". Las diferencias conceptuales en la definición del asesinato entre los distintos sistemas nacionales de justicia penal conducen a veces a confusiones en lo que hace a la cuestión de la

inclusión del asesinato como crimen contra la humanidad. La definición del asesinato como crimen contra la humanidad, incluye los asesinatos extrajudiciales, que son matanzas ilegales y deliberadas, llevadas a cabo por orden de un gobierno o con su complicidad o consentimiento. Este tipo de asesinatos son premeditados y constituyen violaciones de las normas nacionales e internacionales. No obstante, el crimen de asesinato no requiere que el acto sea premeditado e incluye la creación de condiciones de vida peligrosas que probablemente darán lugar a la muerte. |28|

En cuanto a las diferencias entre el asesinato y el exterminio, la Comisión de Derecho Internacional, en su Informe de 1996 explicó que ambos, asesinato y exterminio, "consisten en una conducta criminal distinta pero, sin embargo, estrechamente relacionada, que supone privar de la vida a seres humanos inocentes. El exterminio es un crimen que, por su naturaleza misma, se dirige contra un grupo de personas. Además, el acto utilizado para cometer el delito de exterminio supone un elemento de destrucción masiva que no se requiere para el asesinato. A este respecto, el exterminio está estrechamente relacionado con el crimen de genocidio, en el sentido de que ambos crímenes se dirigen contra un gran número de víctimas. No obstante, el crimen de exterminio se daría en casos que difieren de los comprendidos en el crimen de genocidio. El exterminio comprende los casos en que se mata a grupos de personas que no comparten características comunes. Se aplica también a casos en que se mata a algunos miembros de un grupo pero no a otros. Finalmente, el recién aprobado Estatuto del Tribunal Penal Internacional, incluye en la definición de exterminio, en su artículo 7.2, "la imposición intencional de condiciones de vida ... encaminadas a causar la destrucción de parte de una población".

Existen normas bien consolidadas a nivel nacional, regional e internacional que prohíben la privación arbitraria de la vida. El artículo 11 de la Constitución Política de la República de Colombia, de 1991, declara "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte." La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) consagra su artículo 4 al derecho a la vida, y dispone: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...". A nivel internacional, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; asimismo, el artículo 6, pár. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

La cuestión del asesinato en cuanto crimen contra la humanidad ya ha sido conceptualizada y fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH"), en su sentencia de 26 de septiembre de 2006 recaída en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, referido a la ejecución extrajudicial del Sr. Arellano, profesor de enseñanza básica, militante del Partido Comunista de Chile.

Sobre el asesinato como crimen contra la humanidad dice textualmente la Corte:

93. En esta sección la Corte analizará si el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano podría constituir o no un crimen de lesa humanidad. En este sentido, la Corte debe analizar si para el 17 de septiembre de 1973, fecha en que murió el señor Almonacid Arellano, el asesinato constituía un crimen de lesa humanidad, y en qué circunstancias.

[...]

99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho

internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

100. La Corte Europea de Derechos Humanos también se pronunció en el mismo sentido en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*. En este caso los señores Kolk y Kislyiy cometieron crímenes de lesa humanidad en 1949 y fueron juzgados y sancionados por ellos en las cortes de Estonia en el año 2003. La Corte Europea indicó que aún cuando los actos cometidos por esas personas pudieron haber sido legales por la ley doméstica que imperaba en ese entonces, las cortes de Estonia consideraron que constituían crímenes de lesa humanidad bajo el derecho internacional al momento de su comisión, y que no encontraba motivo alguno para llegar a una conclusión diferente.

[...]

103. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados (supra párr. 82.3 a 82.7), desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura (supra párr. 82.5). De igual forma, la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época.

104. En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad." [29]

En el caso concreto de Colombia, esta calificación de asesinato y exterminio en cuanto crimen contra la humanidad reviste especial importancia, ya que el mayor porcentaje de los crímenes a manos de grupos paramilitares lo conforman este tipo de actos.

La desaparición forzosa o involuntaria perpetrada de forma generalizada o sistemática es un crimen contra la humanidad.

El crimen de "desaparición" parece haber sido una invención de Adolf Hitler, quien emitió el conocido *Nacht und Nebel Erlass* (Decreto de Noche y Niebla) el 7 de diciembre de 1941 con la finalidad de secuestrar personas y no dar a conocer el paradero a los miembros de su familia. Tal como explicara Hitler, "La intimidación eficiente y perdurable se consigue solamente con la pena capital o con medidas por las cuales los familiares del criminal y la población no conozcan el destino del criminal" [30].

El Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional reconoció también que la desaparición forzosa de personas es un crimen contra la humanidad, y así se recogió en el artículo 7 (i) del Estatuto de Roma aprobado el 17 de julio de 1998. Asimismo, en el proyecto del

Código de Crímenes se explica que por su crueldad y gravedad este tipo de conducta ha de ser incluida en tal código como crimen contra la humanidad.

La jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, establece de manera explícita el crimen de desaparición forzada como crimen punible tanto bajo el Derecho Internacional consuetudinario como bajo el Derecho Internacional de los tratados o Derecho Internacional convencional.

La Corte IDH, en el caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, sostuvo unánimemente que el Gobierno de Honduras era responsable de la desaparición involuntaria de Angel Mandredo Velásquez Rodríguez, y, como tal, había infringido el artículo 7 (derecho a la libertad personal) y 4 (derecho a la vida) de la Convención americana de derechos humanos. En su fallo, la Corte señaló:

"149. En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente...."

150. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral.

La Corte Interamericana afirmó:

"153. (...) La doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pags. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que 'es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad' (AG/RES.666, supra). También la ha calificado como 'un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal (AG/RES.742, supra)".

La OEA reafirmó que "la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen contra la humanidad", en su adopción de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigor el 29 de marzo de 1996. |31|

En el caso Kurt v. Turquía (Hudoc reference: REF00000931 - Application number 00024276/94), sentencia de 25may98, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentenció que el estado de Turquía había violado el art. 3 de la Convención europea de derechos humanos, que prohíbe la tortura, por considerar que la desaparición forzada del hijo había sometido a tortura a la madre, que en este caso era la peticionaria ante el Tribunal. El Tribunal toma en consideración lo alegado por la peticionaria, alegación que en este punto se encuentra explicada en el pár. 113 de la sentencia: "además alegó [la Sra. Kurt], que el hecho de que las autoridades no hayan suministrado ninguna explicación satisfactoria sobre la desaparición de su hijo constituía también una violación del Artículo 3 [prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes], y que la ausencia de una investigación apropiada acerca de su denuncia era también una violación, en sí misma, de esa disposición".

En la sentencia de 8 de octubre de 199 en el caso The Kingdom of Spain -v- Augusto Pinochet Ugarte, el Juez Bartle mantiene:

"Desde mi punto de vista, la información relacionada con la alegación de conspiración, anterior al

ocho de diciembre de 1988, puede ser tomada en consideración por el tribunal, puesto que la conspiración es un delito que no prescribe".

"En relación a si las desapariciones constituyen tortura; el efecto sobre las familias de los desaparecidos puede constituir tortura mental".

El 20 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por consenso la "Convención internacional para la protección de todas las personas en contra de las desapariciones forzadas", cuyo art. 5 recoge lo ya acuñado en derecho internacional y es que:

Artículo 5

La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable. [32]

La tortura se ha reconocido como una violación del Derecho Internacional consuetudinario desde hace aproximadamente un siglo.

Ya la Comisión sobre Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Aplicación de Penas (Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties) reconoció la tortura como crimen contra la humanidad en el Informe de la Comisión de la Conferencia de Paz de 1919. Al término de la II Guerra Mundial el concepto de "crímenes contra la humanidad" fue ulteriormente desarrollado, concretamente en los juicios de Nuremberg. Si bien en la definición de crímenes contra la humanidad del Estatuto de los Tribunales Militares de Nuremberg y el Lejano Oriente no se hacía mención explícita a la tortura, se enjuició y condenó a los acusados por cometer tortura, que es un "acto inhumano" incluido en la definición de crímenes contra la humanidad.

La tortura fue reconocida por primera vez como crimen contra en la Ley 10 del Consejo de Control aliado, de 20 de diciembre de 1945, cuyo artículo II, 1 (c) dice literalmente:

"1. Cada uno de los siguientes actos se reconoce como crimen:

(c) Crímenes contra la Humanidad: Atrocidades y delitos, incluidos pero no limitados a, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, atenten o no contra el derecho interno del país donde fueron perpetrados " [33].

Desde la II Guerra Mundial, las Naciones Unidas y otros mecanismos internacionales y regionales encargados de la protección y promoción de los derechos humanos han reconocido explícita y coherentemente el derecho a no ser torturado como un derecho fundamental y universal bajo el Derecho Internacional. En 1975, las Naciones Unidas, mediante Resolución 3452 de 9 de diciembre de 1975 promulgaron la "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes". Esta Declaración se convertiría en 1984 en la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes", que entró en vigor el 26 de junio de 1987. La Convención desarrolla el artículo 5 de la Declaración Universal, por el que se prohíben la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y constituye una codificación más completa del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Su artículo 1, pár. 1, define este acto prohibido del siguiente modo:

"1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas."

El ámbito de aplicación de esta Convención se limita pues a los actos cometidos en el ejercicio de funciones públicas o con connivencia oficial. Sin embargo, el pár. 2 de su artículo 1 prevé que el término "tortura" puede ser de aplicación más amplia en virtud de otros instrumentos internacionales. Esto es importante en el contexto de los crímenes contra la humanidad cometidos no sólo por gobiernos sino por organizaciones o grupos. A los presentes fines, los actos de tortura quedan comprendidos si se cometen de manera sistemática o en escala masiva por cualquier gobierno, organización o grupo.

En los artículos 4 a 16 se fija la obligación de los Estados Parte de perseguir las violaciones de la Convención que hayan sido cometidas por los nacionales del Estado en cuestión, en su territorio o bien contra sus nacionales. El artículo 4 establece "Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal". Y el artículo 5 (1): "Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado". El artículo 8 establece que la tortura es un delito extraditable.

El derecho sustantivo a no ser torturado ya estaba bien establecido en el derecho internacional consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Convención contra la tortura. Y como la tortura es cada vez más perseguida como crimen contra la humanidad por parte de los tribunales, como los de la ex Yugoslavia y Ruanda.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas incluyó la tortura como crimen contra la humanidad en los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia, artículo 5, y Ruanda, artículo 3 [34]. Éste último artículo establece: "El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso: f) Tortura;".

La Comisión de Derecho Internacional también ha incluido la tortura como crimen contra la humanidad en el artículo 18 de su Código de Crímenes: "Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: c) Tortura;".

Por último, el Estatuto de Roma por el que se aprueba el establecimiento de una Corte Penal Internacional también incorpora la tortura como crimen contra la humanidad en su artículo 7: "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: f) Tortura;".

En un caso importante a estos efectos, sustanciado en Estados Unidos, *Filártiga v. Peña*, 630 F.2d 876 (1980), la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (U.S. Court of Appeals for the Second

Circuit) [35], falló a favor de la concesión de reparación a los parientes extranjeros de Joelito Filártiga, quien, en 1976, había sido brutalmente torturado y asesinado por un miembro de la alta jerarquía de la fuerza policial paraguaya. Al fallar en favor del demandante, condenando al general de Paraguay a pagar una indemnización de diez (10) millones de dólares, la Corte de Circuito invocó el artículo 7 de la Convención contra la Tortura y sostuvo: "La tortura deliberadamente perpetrada al amparo de un cargo oficial viola normas universalmente aceptadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo indiferente a estos efectos la nacionalidad de las partes". Al tomar esta decisión, la Corte se fundó en que la tortura está prohibida por el derecho de gentes. Yendo más allá, la Corte señaló que "el Derecho Internacional confiere derechos fundamentales a todos los individuos frente a sus gobiernos". Pero además, la Corte de Apelaciones pidió el reconocimiento y la aplicación de las normas fundamentales de derechos humanos por parte de los tribunales nacionales:

"En el siglo XX la comunidad internacional ha llegado a reconocer el peligro común basado en el flagrante desconocimiento de los derechos humanos básicos y, en particular, el derecho a no ser torturado. En la edad moderna, se combinan consideraciones de carácter práctico y humanitario para llevar a las naciones del mundo a reconocer que el respeto a los derechos humanos fundamentales redunda en su interés individual y colectivo. Entre los derechos universalmente proclamados por todas las naciones, como hemos subrayado, está el derecho a no ser físicamente torturado [36]. De hecho, a los efectos de responsabilidad civil, la tortura se ha convertido -como lo eran antes el pirata y el tratante de esclavos- en unhostis humanis generis, es decir, en un enemigo del género humano".

En el caso *Siderman v. Argentina*, 965 F.2D 699 (9th Cir. 1992), el Noveno Circuito Federal dictaminó: "Si bien no todo el derecho consuetudinario internacional lleva aparejada la fuerza de una norma de ius cogens, la prohibición contra la tortura proveniente de instancias oficiales ha alcanzado este estatus". Id. At 717. Y continúa este tribunal:

"Concluimos que el derecho a no ser torturado por personas en el ejercicio de funciones públicas es un derecho fundamental y universal, un derecho meritorio de la más elevada condición bajo el Derecho Internacional, una norma de ius cogens [37]. El aplicar latigazos, el recurso al tornillo en el pulgar, la presión del cinturón de castidad, y, en estos tiempos modernos más eficientes, la descarga de la picana eléctrica propia del ganado, son formas de tortura que el orden internacional no tolerará. Someter a una persona a tales horrores equivale a cometer una de las violaciones más atroces contra la seguridad personal y la dignidad del ser humano. No cabe duda de que los estados practican la tortura oficialmente, pero todos los estados creen que es malum in se; todos los que practican la tortura lo niegan y ningún estado invoca un derecho soberano a torturar a sus propios ciudadanos".

Las sentencias de la Cámara de los Lores del Reino Unido relativas al proceso de extradición de Augusto Pinochet Ugarte, han reafirmado este carácter de ius cogens que tiene el crimen de tortura, así como la aplicación del principio de jurisdicción penal universal contemplado por la Convención contra la Tortura. En el fallo "*Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*", de 24mar99, Lord Browne-Wilkinson hace constar que:

"La república de Chile aceptó ante sus señorías los Lores que el derecho internacional por el cual se prohíbe la tortura tiene el carácter de ius cogens o norma perentoria, es decir, una de esas reglas del derecho internacional que tiene un estatus particular. En el caso *Furundzija (supra)* at para. 153 [International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991

(Trial Chamber), Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Dec. 1998, disponible en: <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm> el Tribunal dijo:

'Debido a la importancia de los valores que protege, [la prohibición de tortura] ha devenido una norma perentoria de ius cogens, esto es, una norma que disfruta de un rango más elevado en la jerarquía internacional que el derecho de los tratados e incluso que las reglas consuetudinarias 'ordinarias'. La consecuencia más notable de este rango más elevado es que el principio en cuestión no puede ser derogado por los estados a través de tratados internacionales o costumbres locales o especiales o incluso reglas consuetudinarias generales que no estén revestidas de la misma fuerza normativa.... Sin lugar a dudas, la naturaleza de ius cogens de la prohibición contra la tortura articula la noción de que la prohibición se ha convertido en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional. Es más, esta prohibición ha sido diseñada para producir un efecto disuasorio en el sentido de que señala a todos los miembros de la comunidad internacional y a los individuos sobre los que se ejerce el poder que la prohibición de tortura es un valor absoluto del que nadie ha de desviarse". (ver también los casos citados en la Nota 170 del caso Furundzija)".

La Nota 170 del caso Furundzija remite a su vez a la Observación general No. 24 sobre "Cuestiones relativas a las reservas hechas en el momento de ratificación o adhesión al Pacto (de Derechos Civiles o Políticos) o al Protocolo Facultativo del mismo, o en relación con las declaraciones bajo el art. 41 del Pacto", emitida el 4 de noviembre de 1994 por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, par. 10, donde se afirma que "la prohibición de tortura tiene el estatus de norma perentoria", es decir, ha adquirido el estatus de norma de ius cogens.

El Tribunal de la Ex Yugoslavia analizó también en este caso la cuestión del efecto de las leyes nacionales de amnistía sobre la práctica de la tortura. Habiendo llegado a la conclusión del carácter de ius cogens de la norma internacional que prohíbe la tortura, el Tribunal abordó la cuestión de los intentos de legitimar la tortura:

"Carecería de sentido argumentar, por una parte, que por razón del valor de ius cogens de que goza la prohibición de la tortura, los tratados y las normas consuetudinarias que contemplan la tortura son nulos de pleno derecho, y después hacer caso omiso a las medidas internas adoptadas por un determinado Estado autorizando o perdonando la comisión de torturas, o absolviendo a sus perpetradores mediante una ley de amnistía. Si una situación tal llegara a producirse, las medidas nacionales que violan este principio general, así como cualquier disposición relevante contenida en un tratado, no gozarían de reconocimiento internacional. Las víctimas potenciales podrían iniciar un procedimiento en caso de estar investidas de locus standi ante un órgano judicial competente internacional o nacional.... Pero lo que es todavía más importante es que los perpetradores de torturas que actúen gracias a/o prevaliéndose de esas medidas nacionales pueden ser procesados penalmente por tortura, ya sea por un Estado extranjero, o por su propio Estado ante un cambio de régimen. En resumen, a pesar de que los órganos legislativos o judiciales hayan autorizado a nivel nacional la violación del principio que prohíbe la tortura, los individuos siguen estando obligados a respetar ese principio.

Es más, a nivel individual, es decir, a efectos de responsabilidad penal individual, parece que una de las consecuencias del carácter de ius cogens que la comunidad internacional otorga a la prohibición de la tortura es que cada Estado está autorizado para investigar, enjuiciar y castigar a aquellos individuos acusados de tortura que se hallen presentes en territorio sometido a su jurisdicción" [International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991 (Trial Chamber), Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Dec. 1998, disponible en: "<http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>"]

En 1986, el Relator Especial de las Naciones Unidas, P. Kooijmans, en su informe a la Comisión de Derechos Humanos adoptó una opinión similar (E/CN. 4/1986/15, p. 1, para 3). Que la prohibición de la tortura se ha convertido en una norma de *ius cogens* ha sido sostenido, entre otros, por los tribunales de los Estados Unidos en *Siderman de Blake v. República Argentina*, 965 F. 2d 699 (9th Cir. 1992) Cert. Denied, *Republic of Argentina v. De Blake*, 507 U.S. 1017, 123L. Ed. 2d 444, 113 S. Ct. 1812 (1993); *Committee of U.S. Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, 859 F. 2d 929, 949 (D.C. Cir. 1988); *Xuncax et al. v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995); *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F. Supp. 1189, 1196 (S.D.N.Y. 1996); e *In re Estate of Ferdinand E. Marcos*, 978 F. 2d 493 (9th Cir. 1992) Cert. Denied, *Marcos Manto v. Thajane*, 508 U.S. 972, 125L. Ed. 2d 661, 113 S. Ct. 2960 (1993)].

Y continúa la sentencia de los Lores de 24mar99:

"La naturaleza de *ius cogens* del crimen internacional de tortura justifica que los Estados ejerciten la jurisdicción universal sobre tal crimen al margen de donde se hubiere cometido. El derecho internacional establece que los delitos de *ius cogens* pueden ser castigados por cualquier Estado ya que sus autores son "enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen un mismo interés en su aprehensión y procesamiento (*Demjanjuk v. Petrovsky* (1985) 603 F. Supp. 1468; 776 F. 2d. 571).

Ha sido sugerido por la Sra. Montgomery [abogada defensora de Pinochet], para el Senador Pinochet, que aunque la tortura sea contraria al derecho internacional, no era estrictamente un crimen de derecho internacional en su sentido más elevado. A la luz de las autoridades jurídicas que he mencionado (así como muchas otras no mencionadas) no albergó duda alguna de que mucho antes de la Convención contra la Tortura de 1984 la tortura estatal era un crimen internacional en su acepción más elevada".

En *Siderman de Blake v. la República de Argentina* (1992) 965 F.2d 699, 714-717 se sostuvo que los actos de tortura oficial invocados, que fueron cometidos en 1976 antes de que se redactara la Convención contra la Tortura, eran violatorios del Derecho Internacional según el cual la prohibición de la tortura oficial había adquirido el estatus de *ius cogens* (En este caso el peticionario fue víctima de trato cruel durante un período de siete días a manos de hombres que actuaban bajo la dirección del gobernador militar de Tucumán, Gral Bussi). La cuidadosa discusión de las reglas de *ius cogens* y erga omnes en relación con las alegaciones de tortura oficial en el caso *Siderman de Blake v. República of Argentina* (1992) 26 F.2d 1166, pp. 714-718, muestra que ya entonces existía un extendido acuerdo en que la prohibición frente a los actos de tortura oficial había alcanzado el estatus de norma de *ius cogens*.

Por su parte, Lord Millett en la sentencia ya mencionada de 24mar99, mantiene lo siguiente:

"En mi opinión, los crímenes prohibidos por el derecho internacional están sometidos a la jurisdicción universal bajo el derecho internacional consuetudinario si se satisfacen los dos criterios siguientes. En primer lugar, han de ser contrarios a una norma perentoria de derecho internacional de manera que infrinjan el *ius cogens*. En segundo lugar, han de ser tan graves y haber sido cometidos a tal escala que pueden ser justamente considerados como un ataque al orden jurídico internacional. Los crímenes aislados, incluso si han sido cometidos por funcionarios públicos, no se amoldan a estos criterios. El primero de los mencionados criterios está bien demostrado por diversas autoridades jurídicas y manuales: a modo de ejemplo reciente, véase la sentencia emitida el 10 de diciembre de 1998 por el Tribunal Internacional para el territorio de la antigua Yugoslavia en el caso la Fiscalía versus Anto Furundzija, en donde el Tribunal declaró:

'A nivel individual, esto es, a efectos de la responsabilidad penal, parecería que una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* que la comunidad internacional ha otorgado a la prohibición de la tortura es que cada Estado tiene el derecho de investigar, enjuiciar y castigar o extraditar individuos acusados de tortura que se encuentren presentes en un territorio bajo su jurisdicción'.

El segundo requisito está implícito en la restricción original aplicable a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, los fundamentos jurídicos de la corte en el caso Eichman, así como las definiciones empleadas en los recientes estatutos por los que se establecen los tribunales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

Bajo el derecho internacional consuetudinario, cada estado tiene competencia para ejercer jurisdicción extraterritorial respecto de los crímenes internacionales que se ajusten a los criterios relevantes. El que sus tribunales posean jurisdicción extraterritorial bajo su derecho interno depende, por supuesto, de sus previsiones constitucionales y de la relación entre derecho internacional consuetudinario y la jurisdicción de sus tribunales penales. La jurisdicción de los tribunales penales ingleses es normalmente de carácter estatutario, pero se ve complementada por el common law. El derecho internacional consuetudinario forma parte del common law, y por consiguiente, considero que los tribunales ingleses tienen y siempre han tenido jurisdicción penal extraterritorial respecto de los crímenes que según el derecho internacional consuetudinario están sometidos a jurisdicción universal".

Y continúa Lord Millett:

"En su manual sobre la Convención contra la Tortura (1984), Burgers y Danelius escriben en la pág. 1:

'Mucha gente asume que el objetivo principal de la Convención es declarar fuera de la ley la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta asunción no es del todo correcta en la medida en que puede dar a entender que sólo la Convención establece bajo el derecho internacional la prohibición de estas prácticas y que tal prohibición será vinculante en cuanto regla de derecho internacional solamente para aquellos Estados parte en la Convención. Al contrario, la Convención se basa en el reconocimiento de que las prácticas más arriba mencionadas ya se encuentran proscritas por el derecho internacional. El principal objetivo de la Convención consiste en fortalecer la ya existente prohibición de tales prácticas mediante una serie de medidas de apoyo al respecto'.

Es mi opinión que el empleo sistemático de la tortura a gran escala y como instrumento de política de estado se ha unido a la piratería, a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la paz en cuanto crimen internacional de jurisdicción universal mucho antes de 1984. Considero que adquirió tal carácter en torno a 1973. En lo que a mi atañe, por lo tanto, sostengo que los tribunales de este país ya poseían jurisdicción extraterritorial respecto de la tortura y la conspiración para torturar cometidas a la escala de los cargos del presente caso y que no se requería de ley alguna que autorizara el ejercicio de tal jurisdicción. (...)

La Convención contra la Tortura (1984) no creó un nuevo crimen internacional, sino que vino a redefinirlo. Si la comunidad internacional había condenado el uso generalizado y sistemático de la tortura como instrumento de política de estado, la Convención extendió la tipificación de este crimen de modo que abarcara casos de tortura aislados e individuales siempre y cuando su autor fuera un funcionario público. No pienso que este último tipo de delitos fueran considerados previamente crímenes internacionales sometidos a jurisdicción universal. En cambio, los cargos contra el Senador Pinochet reúnen los requisitos antes mencionados totalmente. De este modo, la Convención reafirmó y amplió un crimen internacional ya existente e impuso la obligación sobre

los estados parte en la Convención de adoptar medidas para prevenir este crimen y castigar a los culpables del mismo. Como explican Burgers y Danielus, su propósito principal consistía en introducir un mecanismo institucional que permitiera lo anterior. Si bien antes los estados podían ejercer su jurisdicción respecto de este crimen al margen de donde hubiere sido cometido, ahora estaban obligados a hacerlo. Cualquier estado parte en cuyo territorio sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido este tipo de crimen está obligado a ofrecerse a extraditarla o a iniciar el procedimiento para su enjuiciamiento (...)"

Hay que señalar que esta sentencia del Tribunal de los Lores de 24mar99 tenía como objeto dirimir si Augusto Pinochet Ugarte gozaba de inmunidad o no, ello en el marco del procedimiento de extradición que se siguió en su contra. Al margen de este tema de la inmunidad, lo que la sentencia de los lores deja bien claro es que el crimen internacional de tortura, en el derecho internacional consuetudinario, tiene y tenía antes de la Convención una existencia derivada del "ius cogens".

Además de constituir una violación del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, la tortura viola también la Constitución Política de la República de Colombia. El artículo 12 de la misma declara lo siguiente: "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

La persecución por motivos políticos, raciales o religiosos es un crimen contra la humanidad y, por lo tanto punible bajo el Derecho Internacional.

Este tipo de crimen contra la humanidad se reconoce como tal en el artículo 6(c) del Estatuto de Nuremberg; en el artículo II (1)(c) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado; en el Principio VI de los Principios de Nuremberg; en el artículo 2(11) del proyecto de Código de Delitos de 1954, en el artículo 5(h) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y en el artículo 3(h) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; en el artículo 18 (e) del proyecto de Código de Crímenes de 1996 y, por último, en el artículo 7(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La Comisión de Derecho Internacional mantiene que el acto inhumano de persecución puede adoptar muchas formas cuya característica común es la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas sin distinción, como reconocen la Carta de las Naciones Unidas en sus artículos 1 y 55 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2. En este proyecto de código la Comisión criminaliza los actos de persecución en que no existe la intención específica que se requiere para el crimen de genocidio | 38|.

Observando que el término "persecución" ha adquirido un sentido universalmente aceptado, el eminente profesor tratadista M. Cherif Bassiouni propone la siguiente definición:

"La Política o Acción del estado conducente a someter a un individuo a hostigamiento, tormento, opresión, o medidas discriminatorias diseñadas para o con la probabilidad de, producir sufrimiento físico o mental, o daño económico, por motivo de las creencias, opiniones o pertenencia de la víctima a un determinado grupo identificable (religioso, social, étnico, lingüístico, etc.), o simplemente porque el perpetrador buscara singularizar una determinada categoría de víctimas por motivos peculiares del perpetrador" |39|.

El TPIY, en su sentencia de 27 de septiembre de 2006 en el caso Prosecutor v. Momcilo Krajišnik | 40|, aborda los diversos actos que, cometidos de manera sistemática y/o generalizada constituyen crímenes contra la humanidad, sistematizando los elementos de los mismos, entre ellos, el acto de persecución.

Dice esa sentencia al respecto:

5.4 Persecución en cuanto crimen contra la humanidad

5.4.1 Derecho aplicable

Elementos comunes de la persecución en cuanto crimen contra la humanidad

733. El acta de acusación culpa al acusado, a tenor del artículo 5(h) del Estatuto [41], de persecución en cuanto crimen contra la humanidad cometida contra musulmanes bosnios y croatas bosnios en los municipios objeto del acta de acusación...

734. El crimen de persecución consiste en una acción u omisión que:

- a) discrimina de hecho y niega un derecho humano fundamental afianzado en derecho internacional;
- y
- b) se lleva a cabo con la intencionalidad de discriminar por alguno de los motivos enumerados, a saber, políticos, raciales o religiosos.

735. Los actos enumerados en los restantes sub-apartados del artículo 5 del Estatuto o previstos en otras partes del mismo, así como los actos a los que el Estatuto no hace mención explícita, pueden ser calificados como actos subyacentes de persecución. [42] No es necesario que el acto subyacente, en sí mismo, constituya un crimen bajo el derecho internacional. En la práctica, no toda negación de un derecho humano fundamental reviste la gravedad suficiente para constituir un crimen contra la humanidad. El acto subyacente cometido por motivos discriminatorios, considerado aisladamente o en conjunción con otros actos, debe tener la misma gravedad que otros crímenes enumerados en el artículo 5 del Estatuto.

Entre los actos de persecución que constituyen crímenes contra la humanidad, el TPIY , y así lo expone el Tribunal en la sentencia Krajisnik, considera que se encuentra la "apropiación o el saqueo de bienes". Dado que este tipo de actos es sistemático y se encuentra incluido en el "modus operandi" de los grupos paramilitares en Colombia, nos parece apropiado detallar la caracterización de los mismos que realiza el TPIY:

765. El párrafo 19(j) del acta de acusación imputa al acusado de persecución mediante la "apropiación o el saqueo de bienes durante y después de los ataques, en lugares de detención y en el transcurso de las deportaciones o traslados forzosos". El acta de acusación proporciona a modo de ejemplo "la práctica de forzar a los musulmanes bosnios y a los croatas bosnios... a firmar documentos entregando sus bienes a las autoridades serbo bosnias a cambio de que éstas les permitieran dejar las municipalidades".

766. El saqueo de la propiedad pública y privada fue incluido explícitamente como crimen de guerra en el Estatuto de Nuremberg y en la Ley No. 10 del Consejo de Control. En muchos de los juicios basados en estos instrumentos, incluido el juicio a los principales criminales de guerra en Nuremberg, los actos de saqueo se incluyeron en las actas de acusación tanto en calidad de crímenes de guerra como de crímenes contra la humanidad. [43] El Tribunal de Nuremberg abordó la cuestión del saqueo en cuanto crimen contra la humanidad y consideró, por ejemplo, el "saqueo de los negocios de los judíos" como parte de la persecución de los judíos [44]. En relación con uno de los acusados, Hermann Göring, el Tribunal sostuvo:

Göring persiguió a los judíos ... no sólo en Alemania, donde impuso una multa [colectiva] de mi millones de marcos a los judíos... sino también en los territorios conquistados. Sus propias palabras entonces, y su testimonio ahora, muestra que este interés era ante todo económico - cómo hacerse

con sus propiedades y cómo expulsarles a la fuerza de la vida económica de Europa . |45|

767. El Tribunal de Nuremberg dictó condenas por saqueo sólo en relación con las apropiaciones a escala nacional |46|. Esto fue también así en muchos de los casos bajo la Ley No. 10 del Consejo de Control . |47| En el caso Flick, sin embargo, el Tribunal Militar estadounidense sostuvo que la escala de las apropiaciones no era la cuestión crítica cuando el acto reviste el carácter de crimen contra la humanidad. Más bien lo era el impacto de la apropiación sobre la víctima. Bajo uno de los cargos, Friedrich Flick, un industrial, fue acusado de crímenes contra la humanidad por adquirir bienes industriales que habían sido propiedad de judíos o que estaban bajo control de los mismos. El Tribunal declaró que:

Puede hacerse una distinción entre propiedad industrial y las viviendas, hogares, mobiliario y suministros alimenticios de las gentes perseguidas. En este caso, no obstante, nos ocupamos únicamente de la propiedad industrial ... Las "atrocidades y delitos" enumerados [en el artículo 6 c) del Estatuto] 'asesinato, exterminio', etc., son todos ellos delitos contra la persona. No se hace mención a la propiedad. Bajo la doctrina de ejusdem generis, la amplia expresión 'otras persecuciones' ha de ser interpretada en el sentido de que incluye sólo las que afecten a la vida y libertad de las personas oprimidas . |48|

768. La sala considera que la apropiación o el saqueo como acto subyacente de persecución ha de entenderse como toda apropiación intencional de propiedad pública o privada que tiene un impacto grave sobre el propietario o usufructuario de la propiedad.

769. No ha de considerarse ilegal cierto tipo de apropiación de bienes. Por ejemplo, bajo el Derecho Internacional Humanitario hay una excepción general a la prohibición de apropiación de bienes en cuanto grave infracción a las Convenciones de Ginebra cuando dicha apropiación está justificada por necesidad militar . |49|

770. La Sala de Apelaciones ha hallado que la destrucción de propiedad, en función de la naturaleza y el alcance de la destrucción, puede constituir persecución. Además, ha confirmado que el saqueo, en conjunción con "asesinatos, palizas, ataques ilegales sobre población y objetos civiles, el encarcelamiento ilegal de civiles, [y] la destrucción de objetos civiles", constituye persecución. |50|

771. Basándose en lo antedicho, la Sala concluye que un acto de apropiación o saqueo que produce un grave impacto sobre la víctima, ejecutado por motivos discriminatorios, y el cual reúne los elementos generales de los crímenes contra la humanidad, constituye el crimen de persecución.

772. Un acto de apropiación o saqueo que, en sí mismo, no produce un grave impacto sobre la víctima, puede también constituir un crimen de persecución al ser considerado en conjunción con otros actos y si es ejecutado por motivos discriminatorios y reúne los elementos de los crímenes contra la humanidad. |51|

El encarcelamiento arbitrario está también reconocido como crimen contra la humanidad.

Este reconocimiento se efectuó por primera vez en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado:

"1. Cada uno de los siguientes actos se reconoce como crimen:

(c) Crímenes contra la Humanidad: Atrocidades y delitos, incluidos pero no limitados a, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, atenten o no contra el derecho interno del país donde fueron perpetrados" |52|.

Ha sido reconocido también como un crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, artículo 3(e), y en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 5(e). Igualmente se recoge en el artículo 7(e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Además de su inclusión como crimen contra la humanidad en los instrumentos anteriores, el derecho a no ser detenido sin mediar juicio previo justo y rápido, de conformidad con las normas internacionales del debido proceso, es también un derecho humano fundamental reconocido por la Declaración Universal, artículos 9 y 10, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los artículos 6, 9, 14 y 15 de éste último establecen expresamente tanto el derecho a no ser detenido arbitrariamente, como las normas mínimas del debido proceso para el arresto, detención y enjuiciamiento de los individuos. Las normas mínimas del debido proceso requeridas para la protección contra las detenciones arbitrarias han sido elaboradas por las Naciones Unidas en los siguientes instrumentos: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión; Convención contra la Tortura, artículos 7 y 15; Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura; Principios Básicos sobre la Función de los Abogados y las Directrices sobre la Función de los Fiscales.

La Comisión de Derecho Internacional mantiene que el término "encarcelamiento" comprende toda violación de la libertad de la persona y el término "arbitrario" establece el requisito de que esa privación sea sin el debido procedimiento legal. Este acto inhumano incluye, según la citada Comisión, los casos de encarcelamiento arbitrario sistemático o en gran escala, como en campos de concentración o detención, u otras formas de privación de libertad de larga duración [53].

El Genocidio

El genocidio es un crimen contra la humanidad, y por lo tanto punible bajo el Derecho Internacional. El Estatuto del Tribunal de Nuremberg reconoció en el apartado (c) de su artículo 6 dos categorías distintas de crímenes de lesa humanidad. La primera es la relativa a los actos inhumanos, la segunda a la persecución, definiendo esta segunda categoría de crímenes contra la humanidad como "la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen". El Tribunal de Nuremberg condenó a algunos de los acusados de crímenes contra la humanidad sobre la base de este tipo de conducta y, de esa forma, confirmó el principio de la responsabilidad y el castigo individuales de tales conductas como crímenes de Derecho Internacional [54]. La diferencia entre ambos tipos de crímenes se detallará en el apartado I.7 "Diferencia entre crímenes contra la humanidad y genocidio".

Los crímenes de lesa humanidad codificados en tratados y otros instrumentos de ámbito internacional.

Lo expuesto en el apartado precedente, puede sintetizarse del siguiente modo:

Los crímenes de lesa humanidad reconocidos en el derecho internacional incluyen la práctica sistemática o generalizada del asesinato, la tortura, la desaparición forzada, la deportación y el desplazamiento forzoso, la detención arbitraria y la persecución por motivos políticos u otros. Cada uno de estos crímenes de lesa humanidad han sido reconocidos como crímenes comprendidos en el derecho internacional por convenios y otros instrumentos internacionales, ya sea de forma expresa o dentro de la categoría de otros actos inhumanos. Entre estos instrumentos figuran: el Artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945) (asesinato, deportación y otros

actos inhumanos de persecución), la Ley Núm. 10 del Consejo del Control Aliado (1946) (asesinato, deportación, encarcelamiento, tortura y otros actos inhumanos y de persecución), el Artículo 6 (c) de la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Tribunal de Tokio) (1946) (asesinato, deportación y otros actos inhumanos y de persecución), el Artículo 2 (10) del Proyecto de Código en Materia de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1954) (asesinato, deportación y persecución), el Artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (1993) (asesinato, deportación, encarcelamiento, persecuciones y otros actos inhumanos), el Artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (1994) (asesinato, deportación, encarcelamiento, persecución y otros actos inhumanos), el Artículo 18 del Proyecto de Código en Materia de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) (asesinato, tortura, persecución, encarcelamiento arbitrario, deportación o desplazamiento forzoso de poblaciones con carácter arbitrario, desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos) y el Artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) (asesinato, deportación o desplazamiento forzoso de poblaciones, desaparición forzada de personas, encarcelamiento u otra grave privación de la libertad física que viole los principios fundamentales del derecho internacional, tortura, persecución, desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos).

Más recientemente, la recién aprobada "Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas", recoge este acto en su artículo 5 como crimen contra la humanidad.

Los crímenes de lesa humanidad como parte del derecho consuetudinario .

Estos crímenes, además, son reconocidos como crímenes de lesa humanidad por el derecho consuetudinario internacional (Artículo VI (c) de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en el Fallo del Tribunal, Comisión de Derecho Internacional (1950), Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 4a ed., 1991, p. 562). Como explicitó el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe al Consejo de Seguridad relativo al establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que tiene jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad, "[l]a aplicación del principio *nulum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario, de tal modo que no se plantea el problema de que algunos de los Estados pero no todos se hayan adherido a determinadas convenciones" (Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Documento de la ONU S/25704, 3 de mayo de 1993, párrafo 34). También manifestó que "El derecho internacional humanitario convencional que fuera de toda duda ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario" incluye la Carta de Nuremberg (ibid., párrafo 35).

I.1.3.- Las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Colombia son crímenes contra la humanidad.

La forma de actuación del Estado colombiano en lo que se conoce como "lucha contrainsurgente" fue adoptada hace más de cuarenta años. En la doctrina militar utilizada se incluyó la creación de grupos civiles de autodefensa o grupos paramilitares agrarios o grupos paramilitares complementarios a las operaciones militares. Todos estos tipos de operaciones militares y, obviamente, estatales, son contrarios al derecho internacional humanitario, al derecho penal internacional y al derecho internacional de los derechos humanos. En estas operaciones militares encubiertas e ilegales se adoptaron técnicas de control de la población civil utilizadas en el Este de Europa en la denominada "Operación Barbarrosa", |55| que supuso la actuación de grupos paramilitares y militares de exterminio como forma de ocupación del territorio. Estas operaciones fueron desarrolladas de manera similar, y utilizando la misma doctrina, por las fuerzas francesas de

ocupación durante la guerra de Indochina (Vietnam) |56|; fueron incluidas posteriormente en algunos de los manuales de operaciones militares en el ejército estadounidense.

Aunque menos conocida debido a que aún son secretos los archivos militares españoles, esta técnica fue ampliamente utilizada durante la guerra civil española en las operaciones de exterminio masivo del ejército franquista y fueron parte de la doctrina diplomática y militar franquista en América Latina hasta la última etapa de las guerras civiles centroamericanas y de la guerra de las Malvinas.

El presente documento no tiene la finalidad de analizar jurídicamente las operaciones militares, ni las operaciones de fuerzas extranjeras en el territorio de Colombia, ni las responsabilidades de los mandos extranjeros de conformidad con el derecho internacional y el derecho internacional humanitario. Como hemos expresado en la introducción de este documento, tampoco se analiza la guerra civil en Colombia desde la óptica del derecho internacional, análisis jurídico que sería necesario a la hora de tratar la cuestión de las guerrillas y, especialmente, la actuación de las FARC-EP. No obstante, creemos necesario hacer una mención específica a las doctrinas mencionadas y que están en el contexto de las operaciones paramilitares que, con diversos nombres y formas de organización, fueron utilizadas en Colombia por parte del Estado.

Estos grupos, por tanto, tienen una finalidad específica que es el control del territorio mediante técnicas primordialmente de exterminio de población, asesinatos selectivos, saqueos y apropiación de bienes, desplazamiento forzoso, asesinatos rituales y/o asesinatos antropológicos que induzcan a la destrucción de grupos étnicos y de poblaciones indígenas. Son sin duda algunos actos comprendidos en la figura de crímenes contra la humanidad. Dicho en otros términos, el *mens rea* y el *actus reus* de estos grupos, de los mandos militares que los dirigen directa o indirectamente, de los parlamentarios de cualquier tipo que los utilizan, de las autoridades locales y de los servicios de inteligencia de cualquier tipo, es la comisión de crímenes contra la humanidad que, dada la complejidad de tipo delictivo y la de la suma de delitos necesarios para la comisión de todos los actos criminales, conlleva necesariamente la participación de funcionarios de todo tipo, tanto civiles como públicos, así como de la colaboración de organizaciones criminales en el sentido definido en la Convención de Palermo sobre crimen organizado transnacional |57| y en el estatuto de la Ley RICO ("Racketeer Influenced And Corrupt Organizations Act ") |58| en los Estados Unidos.

A efectos de este documento tomaremos como ejemplo del "modus operandi" y del origen de dichos grupos los hechos probados de la sentencia del Caso de la masacre de Mapiripán |59| que, como tal, tiene a los efectos probatorios el máximo nivel para su utilización en, y por parte de, la justicia colombiana.

VIII Hechos probados

96. Efectuado el examen de los elementos probatorios que constan en el expediente del presente caso, las manifestaciones de las partes, así como el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, la Corte considera probados los siguientes hechos: El conflicto armado interno en Colombia y los grupos armados ilegales denominados "paramilitares".

96.1 A partir de la década de los sesenta del siglo XX surgieron en Colombia diversos grupos guerrilleros, por cuya actividad el Estado declaró "turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional". Ante esta situación, el 24 de diciembre de 1965, el Estado emitió el Decreto Legislativo 3398 "por el cual se organiza la defensa nacional", el cual tenía una vigencia transitoria, pero fue adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968 (con excepción de los artículos 30 y 34). Los artículos 25 y 33 del referido Decreto Legislativo dieron fundamento legal a la creación de "grupos de autodefensa". En la parte considerativa de esta normativa se indicó que "la acción subversiva que propugnan los grupos extremistas para alterar el orden jurídico, requiere

un esfuerzo coordinado de todos los órganos del poder público y de las fuerzas vivas de la Nación" y, al respecto, el referido artículo 25 estipuló que "[t]odos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, pod[í]an ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuy[eran] al restablecimiento de la normalidad". Asimismo, en el parágrafo 3 del mencionado artículo 33 se dispuso que "[e]l Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas". Los "grupos de autodefensa" se conformaron de manera legal al amparo de las citadas normas, por lo cual contaban con el apoyo de las autoridades estatales |60|

96.2 En el marco de la lucha contra los grupos guerrilleros, el Estado impulsó la creación de tales "grupos de autodefensa" entre la población civil, cuyos fines principales eran auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antisubversivas y defenderse de los grupos guerrilleros. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico. |61|

[...]

96.5 El 19 de abril de 1989 se emitió el Decreto 0815, mediante el cual se suspendió la vigencia del parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965 (supra párr. 96.1), el cual facultaba al Ministerio de Defensa Nacional para autorizar a los particulares el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. En la parte considerativa del Decreto 0815 se indicó que "la interpretación de[l Decreto legislativo 3398 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, dada] por algunos sectores de la opinión pública, ha causado confusión sobre su alcance y finalidades, en el sentido de que se puedan llegar a tomar como una autorización legal para organizar grupos civiles armados que resultan actuando al margen de la Constitución y las leyes". Posteriormente, mediante sentencia de 25 de mayo de 1989, la Corte Suprema de Justicia declaró "inexequible" el referido parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965 |62|.

[...]

96.18 Se ha estimado que los grupos paramilitares son responsables de numerosos asesinatos cometidos con motivos políticos en Colombia y de una gran parte de las violaciones de derechos humanos en general . |63|

96.19 Se ha documentado en Colombia la existencia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros de la fuerza pública en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos. En los informes publicados desde 1997 sobre la situación de derechos humanos en Colombia, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha documentado los casos representativos de violaciones del derecho a la vida, en los que se alegó que el gobierno y las fuerzas armadas colaboraron con los paramilitares en asesinar, amenazar o desplazar a la población civil. Dicha colaboración entre las fuerzas públicas y los paramilitares ha representado un gran obstáculo para la observancia de los derechos humanos en Colombia, en opinión de la Oficina del Alto Comisionado. En el informe de 1997 la Alta Comisionada mostró su preocupación por la posible participación de las fuerzas armadas con los paramilitares en actos de violencia incluyendo, entre otros, la masacre en Mapiripán. Según ese informe, los actos cometidos por paramilitares constituyeron el mayor número de violaciones de derechos humanos reportados en el país en 1997, incluidas masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes . |64|

96.20 En sus informes, la Alta Comisionada hace constante referencia a la impunidad de las

violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario cometidas por los paramilitares y la connivencia entre estos grupos y la fuerza pública, como consecuencia de procesos penales y de investigaciones disciplinarias abiertos en su contra que no desembocan en el establecimiento de responsabilidades ni en las correspondientes sanciones [65].

[...]

119. Además, la Corte tiene presente que la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas ha documentado numerosos casos en Colombia en que se ha demostrado la vinculación entre servidores públicos y los grupos paramilitares en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos. En los informes publicados desde 1997 sobre la situación de derechos humanos en Colombia, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha documentado los casos representativos de violaciones del derecho a la vida, en los que se alegó que el gobierno y las fuerzas armadas colaboraron con los paramilitares en asesinar, amenazar o desplazar a la población civil. Según el informe de 1997, los actos cometidos por paramilitares constituyeron el mayor número de violaciones de derechos humanos reportados en el país en 1997, incluidas masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes. Aunado a lo anterior, en sus informes la Alta Comisionada hace constante referencia a la impunidad de las violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario cometidas por los paramilitares y la connivencia entre estos grupos y la fuerza pública, como consecuencia de procesos penales y de investigaciones disciplinarias abiertos en su contra que no desembocan en el establecimiento de responsabilidades ni en las correspondientes sanciones (supra párr. 96.20). Específicamente en relación con lo acontecido en Mapiripán, el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos afirma que "los detalles de los casos denunciados ante la Oficina en Colombia sugieren que los hechos no hubieran podido realizarse sin esa aquiescencia, apoyo o complicidad." Aparte del testimonio de los testigos y las observaciones de la Comisionada misma, el Defensor del Pueblo también reconoció que los paramilitares "se ha[bía]n convertido en el brazo ilegal de la fuerza pública, para la cual ejecutan el trabajo sucio que ella no puede hacer " [66].

120. En el presente caso, Colombia reconoció la violación de obligaciones internacionales convencionales por "los hechos de julio de 1997" en Mapiripán, pero posteriormente objetó la atribución al Estado de actos de los paramilitares que ejecutaron dicha masacre. La Corte observa que, si bien los hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de julio de 1997 en Mapiripán fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de éstas de las zonas. Ciertamente no existen pruebas documentales ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, al analizar los hechos reconocidos por el Estado, surge claramente que tanto las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado. En efecto, la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con pleno conocimiento, previsiones logísticas y la colaboración de las Fuerzas Armadas, quienes facilitaron la salida de los paramilitares desde Apartadó y Necoclí y su traslado hasta Mapiripán en zonas que se encontraban bajo su control y dejaron desprotegida a la población civil durante los días de la masacre mediante el traslado injustificado de las tropas a otras localidades (supra párrs. 96.30 a 96.39, 96.43 y 116).

121. La colaboración de miembros de las fuerzas armadas con los paramilitares se manifestó en un

conjunto de graves acciones y omisiones destinadas a permitir la realización de la masacre y a encubrir los hechos para procurar la impunidad de los responsables. En otras palabras, las autoridades estatales que conocieron las intenciones del grupo paramilitar de realizar una masacre para infundir temor en la población, no sólo colaboraron en la preparación para que dicho grupo pudiera llevar a cabo estos actos delictuosos, sino también hicieron parecer ante la opinión pública que la masacre fue perpetrada por el grupo paramilitar sin su conocimiento, participación y tolerancia, situaciones que están en contradicción con lo ya acreditado en los hechos probados y reconocidos por el Estado (supra párrs. 34, 96.29 a 96.47).

122. Asimismo, toda vez que su responsabilidad internacional por violaciones de la Convención Americana ha sido parcialmente reconocida, no podría el Estado excluir válidamente del contenido de su declaración algunos de los extremos reconocidos. De tal manera, la pretensión del Estado de que no se le considere responsable por los actos cometidos por los paramilitares o grupos de autodefensa en la masacre de Mapiripán no puede ser aceptada, pues ello implicaría vaciar de contenido el reconocimiento previamente formulado y caer en una contradicción sustancial con algunos de los hechos que ha reconocido.

123. En síntesis, una vez establecida la vinculación de las Fuerzas Armadas con ese grupo de paramilitares al perpetrar la masacre cometida con base en el reconocimiento estatal de los hechos y en el conjunto de pruebas allegadas al expediente, la Corte ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado por un conjunto de acciones y omisiones de agentes estatales y de particulares realizadas en forma coordinada, paralela o concatenada con el propósito de perpetrar la masacre. En primer lugar, dichos agentes colaboraron en forma directa e indirecta en los actos cometidos por los paramilitares y, en segundo lugar, incurrieron en omisiones en su deber de protección de las víctimas contra dichos actos y en su deber de investigar éstos efectivamente, todo lo cual ha desembocado en violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención. Es decir, puesto que los actos cometidos por los paramilitares contra las víctimas del presente caso no pueden ser caracterizados como meros hechos entre particulares, por estar vinculados con conductas activas y omisivas de funcionarios estatales, la atribución de responsabilidad al Estado por dichos actos radica en el incumplimiento de sus obligaciones convencionales erga omnes de asegurar la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones inter-individuales.

Los asesinatos, el exterminio, las torturas, el encarcelamiento, las violaciones y otros actos inhumanos cometidos por los grupos paramilitares con aquiescencia y/o instrucciones de instituciones dependientes del Estado son, por el carácter sistemático y además a gran escala de su comisión, crímenes contra la humanidad.

La actuación de los paramilitares en Colombia recoge un patrón de instrumentación de operaciones militares encubiertas que hacen además responsables a los cuerpos militares y al estado mayor del ejército de Colombia de asesinatos, desapariciones forzosas, actos de exterminio, apropiación y saqueo de bienes [67] como acto de persecución, y demás delitos incardinados en la figura de crímenes graves contra la humanidad.

Es evidente que se están utilizando formas de exterminio de población civil que siguen perfiles de modelos de análisis y control social con la utilización de técnicas de simulación por ordenador que determinan las listas de personas que son "nodos" de activismo civil, político, social y cultural y que son: a) son fijadas como blanco; b) son amenazadas como forma de determinación del blanco a las unidades paramilitares; c) son despejadas las áreas geográficas de actuación paramilitar en zonas rurales o fijadas zonas de cobertura de seguridad en zonas urbanas; d) son otorgadas facilidades de comunicaciones y coordinación y finalmente se determina el momento de la ejecución.

I.2.- Doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre crímenes contra la humanidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sistematizado en sus últimas sentencias la doctrina de la misma en relación con los crímenes contra la humanidad y las características de éstos. La Corte ratifica el carácter de *ius cogens* de que goza la prohibición de estos crímenes, con las obligaciones que de ello se derivan para los estados, principalmente la de enjuiciar a los responsables y la imposibilidad de amnistiar estas conductas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia recaída en el caso Almonacid (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 Serie C No. 154) [68], califica los actos represivos de la dictadura Chilena (1973-1990) como de crímenes contra la humanidad, y condena al Estado chileno por el asesinato en 1973 del Sr. Arellano en cuanto crimen contra la humanidad:

93. En esta sección la Corte analizará si el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano podría constituir o no un crimen de lesa humanidad. En este sentido, la Corte debe analizar si para el 17 de septiembre de 1973, fecha en que murió el señor Almonacid Arellano, el asesinato constituía un crimen de lesa humanidad, y en qué circunstancias.

94. El desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad se produjo en los inicios del siglo pasado. En el preámbulo del Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Convenio núm. IV) las potencias contratantes establecieron que "las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública"¹¹⁷. Asimismo, el término "crímenes contra la humanidad y la civilización" fue usado por los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia el 28 de mayo de 1915 para denunciar la masacre de armenios en Turquía¹¹⁸.

95. El asesinato como crimen de lesa humanidad fue codificado por primera vez en el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el cual fue anexado al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 (el "Acuerdo de Londres"). Poco después, el 20 de diciembre de 1945, la Ley del Consejo de Control No. 10 también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II.c. De forma similar, el delito de asesinato fue codificado en el artículo 5.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokyo), adoptada el 19 de enero de 1946.

96. La Corte, además, reconoce que la Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra.

En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se

pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que "un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable". Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.

97. Por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Principales Criminales de Guerra (en adelante "el Tribunal de Nuremberg"), el cual tenía jurisdicción para juzgar los crímenes establecidos en el Acuerdo de Londres, indicó que la Estatuto de Nuremberg "es la expresión de derecho internacional existente en el momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al derecho internacional"¹²². Con ello reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional, que proscribía esos crímenes.

98. La prohibición de crímenes contra la humanidad, incluido el asesinato, fue además corroborada por las Naciones Unidas. El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General confirmó "los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal"¹²³. Asimismo, en 1947 la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional que "formul[ara] los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg"¹²⁴. Estos principios fueron adoptados en 1950. Entre ellos, el Principio VI.c califica al asesinato como un crimen contra la humanidad. De igual forma, la Corte resalta que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, de los cuales Chile es parte desde 1950, también prohíbe el "homicidio en todas sus formas" de personas que no participan directamente en las hostilidades. sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 25 de noviembre de 1968.

99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

100. La Corte Europea de Derechos Humanos también se pronunció en el mismo sentido en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*. En este caso los señores Kolk y Kislyiy cometieron crímenes de lesa humanidad en 1949 y fueron juzgados y sancionados por ellos en las cortes de Estonia en el año 2003. La Corte Europea indicó que aún cuando los actos cometidos por esas personas pudieron haber sido legales por la ley doméstica que imperaba en ese entonces, las cortes de Estonia consideraron que constituían crímenes de lesa humanidad bajo el derecho internacional al momento de su comisión, y que no encontraba motivo alguno para llegar a una conclusión diferente.

[...]

103. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados (supra párr. 82.3 a 82.7), desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura (supra párr. 82.5). De igual forma, la Corte tuvo por

probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época.

104. En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad."

Por su parte, el magistrado A.A. Cançado Trindade, quien votó a favor de la adopción por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la sentencia en el caso Almonacid Arellano y Otros versus Chile, dada la importancia de las cuestiones en ella tratadas agregó a la misma un Voto Razonado en el que expone, entre otras cuestiones, la siguiente:

26. En mi reciente Voto Razonado, de cuatro días atrás (siempre bajo la presión temporal despiadada, y agudizada por los actuales "métodos" acelerados de trabajo de la Corte Interamericana, que no comparto), en la Sentencia en el caso Goiburú y Otros versus Paraguay (del 22.09.2006), situé la conceptualización de los crímenes contra la humanidad en la confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. En este anterior Voto Razonado, me permití señalar que los crímenes contra la humanidad

"son perpetrados por individuos pero siguiendo políticas estatales, con la impotencia, o tolerancia, o connivencia, o indiferencia del cuerpo social que nada hace para impedirlos; explícita o implícita, la política de Estado está presente en los crímenes contra la humanidad, inclusive contando con el uso de instituciones, personal y recursos del Estado. No se limitan a una simple acción aislada de individuos alucinados. Son fríamente calculados, planificados y ejecutados.

La tipificación de los crímenes contra la humanidad es una gran conquista contemporánea, abarcando en mi entender no sólo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también el Derecho Penal Internacional, al reflejar la condenación universal de violaciones graves y sistemáticas de derechos fundamentales e inderogables, o sea, de violaciones del jus cogens; de ahí la no-aplicabilidad, en casos de su ocurrencia, de los llamados statutes of limitations propios de los sistemas jurídicos internos o nacionales. La configuración de los crímenes contra la humanidad es, a mi juicio, una manifestación más de la conciencia jurídica universal, de su pronta reacción contra crímenes que afectan la humanidad como un todo.

Los crímenes contra la humanidad sitúanse en la confluencia entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Revestidos de particular gravedad, en sus orígenes estuvieron los crímenes contra la humanidad vinculados a conflictos armados, pero hoy día se admite, en una perspectiva humanista, que tienen incidencia en el dominio también del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (v.g., en casos sistemáticos de tortura y humillación de las víctimas), denegatorios que son de la humanidad en general, al buscar deshumanizar sus víctimas. Los crímenes contra la humanidad tiene un carácter masivo y sistemático, son organizados y planificados como política criminal estatal, - tal como conceptualizados en su jurisprudencia por los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la Ex-Yugoslavia y Ruanda, - son verdaderos crímenes de Estado.

Organizados y planificados por el Estado, en sus más altos escalones, los crímenes de Estado son

ejecutados por muchos individuos en cumplimiento de una política criminal del Estado en cuestión, constituyendo verdaderos crímenes de Estado, que comprometen de inmediato la responsabilidad internacional tanto del Estado en cuestión (en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos) como de los individuos que los ejecutaron. De ahí la importancia de su prevención, dada su especial gravedad, así como de la garantía de su no-repetición" (párrs. 40-43).

27. La Corte Interamericana ha incorporado esta temática en su razonamiento en la presente Sentencia en el caso Almonacid Arellano y Otros versus Chile. En muestra de jurisprudencialcross-fertilization, la Corte evoca la jurisprudencia constante del Tribunal Penal Internacional ad hoc para la Ex-Yugoslavia (TPIY, Trial Chamber) en el sentido de que un único acto gravemente violatorio de los derechos humanos por parte de un perpetrador puede constituir un crimen contra la humanidad, si cometido dentro de un contexto de una práctica sistemática, resultante de un "sistema político basado en el terror y la persecución" (caso Tadic, 07.05.1997, párr. 649). Lo que está en cuestión es la conducta del Estado, la presencia de un "elemento de policy" (caso Kupre[ki], 14.01.2000, párrs. 550-551). Actos aislados de un perpetrador, si planificados por el Estado, formando una práctica "sistemática" en ejecución de una "política de Estado", constituyen crímenes contra la humanidad (caso Kordic, 26.02.2001, párrs. 176-179).

28. En mi reciente Curso General de Derecho Internacional Público ministrado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2005), me permití ponderar que, en realidad, ya en los albores del Derecho Internacional, se acudió a nociones básicas de humanidad para regir la conducta de los Estados. Lo que, con el pasar del tiempo, vino a denominarse "crímenes contra la humanidad" emanó, originalmente, del Derecho Internacional consuetudinario, para desarrollarse conceptualmente, más tarde, en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, y, más recientemente, en el del Derecho Penal Internacional.

Aquí nos encontramos en el dominio del jus cogens, del derecho imperativo. En la ocurrencia de tales crímenes victimizando seres humanos, la propia humanidad es del mismo modo victimizada. Esto ha sido expresamente reconocido por el TPIY (en el caso Tadic, 1997); tales crímenes afectan la conciencia humana (TPIY, caso Erdemovic, 1996), - la conciencia jurídica universal, - y tanto los individuos agraviados como la propia humanidad tórnanse víctimas de los mismos. Esta línea de entendimiento, que alcanzó el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional contemporáneo, debe, a mi juicio, integrarse también al universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La presente Sentencia de la Corte Interamericana en el presente caso Almonacid Arellano y Otros constituye un primer paso en este sentido.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

En su sentencia de 29 de noviembre de 2006 recaída en el caso La Cantuta, la Corte IDH ratificó la calificación de crímenes contra la humanidad realizada por la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, en relación con los hechos objeto de su mandato.

La sentencia en cuestión abordó el caso conocido como "La Cantuta", en que miembros del Ejército peruano y agentes del Grupo Colina, vestidos con pantalones oscuros y "chompas" negras de cuello alto, encapuchados y armados, ingresaron al campus universitario irrumpiendo en las residencias de profesores y estudiantes de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, La Cantuta. Los militares se retiraron de la Universidad llevándose con ellos al profesor Hugo Muñoz Sánchez y a varios estudiantes que fueron apartados del resto al figurar sus nombres en una lista. En 1993 se descubrieron los restos mortales de algunos de ellos en fosas clandestinas. El resto continúan desaparecidos.

Tal y como expone la Corte IDH en la sentencia mencionada:

[El Grupo Colina] era un grupo adscrito al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) que operaba con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército. Tenía una estructura jerárquica y su personal recibía, además de sus remuneraciones como oficiales y sub-oficiales del Ejército, dinero para gastos operativos y retribuciones económicas personales en carácter de bonificación. El Grupo Colina cumplía una política de Estado consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas que se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes o contrarias al régimen del ex Presidente Alberto Fujimori, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas. [69]

La Corte IDH condenó al Estado peruano por los crímenes de La Cantuta en cuanto crímenes contra la humanidad. Expone la Corte IDH en su sentencia:

95. Los hechos de este caso han sido calificados por la CVR, órganos judiciales internos y por la representación del Estado ante este Tribunal, como "crímenes internacionales" y "crímenes de lesa humanidad" (supra párrs. 42, 44, 94 y 80.68). La ejecución extrajudicial y desaparición forzada de las presuntas víctimas fueron perpetradas en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra sectores de la población civil.

96. Basta señalar en este capítulo que la Corte considera reconocido y probado que la planeación y ejecución de la detención y posteriores actos crueles, inhumanos y degradantes y ejecución extrajudicial o desaparición forzada de las presuntas víctimas, realizadas en forma coordinada y encubierta por miembros de las fuerzas militares y del Grupo Colina, no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del poder ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia de ese entonces, específicamente de las jefaturas de inteligencia y del mismo Presidente de la República. De tal manera resulta plenamente aplicable lo recientemente considerado por este Tribunal en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay:

Los agentes estatales no sólo faltaron gravemente a sus deberes de prevención y protección de los derechos de las presuntas víctimas, consagrados en el artículo 1.1 de la Convención Americana, sino que utilizaron la investidura oficial y recursos otorgados por el Estado para cometer las violaciones. En tanto Estado, sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes. No obstante, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar [...].

97. Las víctimas del presente caso, así como muchas otras personas en esa época, sufrieron la aplicación de prácticas y métodos intrínsecamente irrespetuosos de sus derechos humanos, minuciosamente planificados, sistematizados y ejecutados desde el Estado, en muchos aspectos similares a los utilizados por los grupos terroristas o subversivos que, bajo la justificación del contra-terrorismo o la "contra-subversión", pretendían combatir.

[...]

157. De tal manera, respecto de las solicitudes de las representantes y del Estado, es necesario recordar que los hechos han sido calificados por la CVR, órganos judiciales internos y por la representación del Estado ante este Tribunal, como crímenes contra la humanidad y ha sido establecido que fueron perpetradas en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra sectores de la población civil. Consecuentemente, la obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y

la naturaleza de los derechos lesionados; más aún pues la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*. La impunidad de esos hechos no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales -del Estado- y particulares -penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. Por ende, basta reiterar que las investigaciones y procesos abiertos por los hechos de este caso corresponden al Estado, deben ser realizados por todos los medios legales disponibles y culminar o estar orientados a la determinación de toda la verdad y la persecución y, en su caso, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos.

[...]

225. En tal sentido, es oportuno insistir en que los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad [70] que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía (*supra* párr. 152). De tal manera, resultan aplicables las consideraciones del Tribunal en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*:

[...] Según el *corpus iuris* del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda [71]

[...] Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946 [72] ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 [73] y 3074 (XXVIII) de 1973 [74]

[...] Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad [75] claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

[...] Aún cuando [el Estado] no ha[ya] ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, [el Estado] no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

I.3.- Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre crímenes contra la humanidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH") ha resuelto también sobre la aplicación de la figura de los crímenes contra la humanidad por los tribunales internos de los estados.

Se ocupó de esta cuestión en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, en que los tribunales de la República de Estonia habían condenado a los apelantes por crímenes contra la humanidad por hechos cometidos en 1979. El TEDH consideró que esas condenas no contravenían el Convenio europeo de derechos humanos, dado que al revestir los hechos el carácter de crímenes contra la humanidad, las conductas penales en cuestión son imprescriptibles, independientemente de si en la fecha de comisión de los hechos los crímenes contra la humanidad formaban parte o no de la legislación interna Estonia. El TEDH no admitió a trámite la denuncia, pues el carácter incontrovertible de lo

afirmado hacía innecesario entrar a abordar la cuestión.

En su decisión de 17 de enero de 2006 en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, el TEDH reafirma conocidos principios de derecho internacional en relación con este tipo de crímenes, estableciendo lo siguiente:

[...] El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c)). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial...

Además, el Tribunal recuerda que la interpretación y aplicación del derecho interno recaen, en principio, bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales (ver *Papon*, citado más arriba, y *Touvier*, citado más arriba, p. 162). Esto también es de aplicación a aquellos casos en que el derecho interno hace una remisión a reglas del derecho internacional general o a acuerdos internacionales. El papel del Tribunal se ciñe a evaluar si los efectos de tal interpretación son compatibles con el Convenio (ver, *mutatis mutandis*, *Waite and Kennedy v. Germany [GC]*, no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I).

El Tribunal estima que incluso si los actos cometidos por los demandantes podrían haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces, los tribunales estonios sí han concluido en cambio que ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del derecho internacional. El Tribunal no ve motivo para llegar a una conclusión diferente. En este contexto, hay que mencionar que la Unión Soviética era parte del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, mediante el cual se promulgó el Estatuto de Nuremberg. Además, el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto. Como la Unión Soviética era un Estado miembro de las Naciones Unidas, no puede alegarse que las autoridades soviéticas desconocían estos principios. Por lo tanto, el Tribunal considera infundadas las alegaciones de los demandantes en el sentido de que sus actos no constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión y de que no se podía esperar de ellos razonablemente que supieran tal cosa...

Se colige de todo ello que estas demandas son manifiestamente infundadas y que han de ser rechazadas de conformidad con el artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio. [76]

I.4.- Doctrina de Nuremberg sobre crímenes contra la humanidad y su plasmación en instrumentos legales posteriores.

Es después de la Segunda Guerra Mundial, con la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuando la noción de crimen contra la humanidad, también llamados crímenes de lesa humanidad, empezaría a ser definida. François de Menthon, Fiscal General por Francia en el juicio de Nuremberg, lo definió como aquellos crímenes contra la condición humana, como un crimen capital contra la conciencia que el ser humano tiene hoy de su propia condición [77]. Con Nuremberg tendrían lugar los primeros juicios por crímenes contra la humanidad.

Más de cincuenta años después del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, los principios de

Derecho Internacional emanados de su Estatuto y de sus sentencias siguen estando en la base para establecer la responsabilidad de los autores de graves violaciones a los derechos humanos.

Los aspectos que se refieren al porqué del proceso, su razón de ser y su legitimidad, quedaron establecidos en forma escrita en dos documentos básicos:

- a) el Acuerdo de Londres (8 de agosto de 1945) suscrito entre el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República de Francia, el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña y de Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas; este acuerdo tenía por objeto la persecución y el castigo de los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje. También fue suscrito, de conformidad con el artículo 5 del mismo, por los siguientes Estados de las Naciones Unidas, que incluyen a varios países del área de las Américas: Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Holanda, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia; este Acuerdo, que hace referencia a la Declaración de Moscú sobre Crímenes de Guerra de 1943, comprende un preámbulo y siete artículos, así como
- b) el Estatuto del Tribunal, aprobado en la misma Conferencia de Londres y compuesto de 30 artículos.

Ambos textos documentan la fase preparatoria del Tribunal. Sobre esta base, el 18 de octubre de 1945 se constituyó el Tribunal Militar Internacional, con sede en Berlín, ante el cual, entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre de 1946, se realizó un proceso en contra de los principales criminales de guerra de las potencias europeas del Eje; sitio del proceso fue la ciudad de Nuremberg que, bajo el III Reich, sirviera de marco a los congresos del NSDAP o Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores, comúnmente conocido como Partido Nazi. De esta última ciudad tomaría su nombre el Tribunal.

El Estatuto de Nuremberg definió los crímenes contra la humanidad en su artículo 6 (c), tipificando como tales los siguientes actos:

"...asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de, o en conexión con, cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, constituyan o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados".

El Estatuto reconoce pues dos categorías de crímenes contra la humanidad: a) actos inhumanos y b) persecución por los motivos mencionados en el artículo 6 (c). El Acta de Acusación de los principales criminales de guerra distinguió entre estas dos categorías diferentes de crímenes contra la humanidad, y de igual modo haría la Sentencia. El análisis del Estatuto y la Sentencia de Nuremberg preparado por las Naciones Unidas poco después del juicio a los principales criminales de guerra nazis, abordó esta distinción en los siguientes términos:

"El artículo 6(c) contempla dos tipos de crímenes contra la humanidad. La primera categoría comprende el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil. La frase "y otros actos inhumanos" indica que la enumeración explícita que se hace de determinados actos inhumanos no es exhaustiva. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, si la privación de los medios de subsistencia no podría ser considerada como "acto inhumano". Las actividades reprobadas son actividades dirigidas contra cualquier población civil. Esto no quiere decir que haya de verse afectada toda la población. (...) La palabra "cualquier" indica que el crimen contra la humanidad puede ser cometido contra los propios

compatriotas de quienes lo perpetraron (...) [78]."

Si bien tras el Protocolo de Berlín de 6 de octubre de 1945, no sólo la segunda categoría de crímenes contra la humanidad, sino también la primera, quedaban sujetas al requisito de que el crimen se cometiera en conexión con los crímenes sobre los que el Tribunal era competente (i.e. crímenes contra la paz y crímenes de guerra), la Ley 10 del Consejo Aliado de Control suprimió el requisito de conexión en su definición de crímenes contra la humanidad. Esta Ley tenía por finalidad dar efectividad a la Declaración de Moscú y al Acuerdo de Londres, que contiene el Estatuto de Nuremberg, proveyendo de una base uniforme para el enjuiciamiento de criminales de guerra y autores de delitos similares distintos de los principales criminales de guerra juzgados por el Tribunal de Nuremberg.

El Tribunal de Nuremberg condenó a varios de los acusados, no sólo por crímenes contra la humanidad, sino también por la participación en un plan común o conspiración criminal para cometer tales crímenes.

El art. 6(c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg ha sido aplicado directamente no sólo por los tribunales aliados después de la IIGM, sino también:
en 1961, por el Tribunal del distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel (caso Eichmann. I.L.R., 36, pp. 39-42, 45-48, 288, 295),
en 1971, por los tribunales de Bangladesh en el caso de la solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán "por actos de genocidio y crímenes contra la Humanidad" (C.I.J. Annuaire 1973-1974, p. 125), en 1981, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos, en el asunto Menten (N.Y.I.L., 1982, pp. 401 y ss.), en 1983, por el Tribunal Supremo de Francia en el caso Barbie, que fundamenta la aplicación del citado art. 6.c) en los siguientes criterios:

a) esta inculpación pertenece a "un orden represivo internacional al que le es fundamentalmente ajena la noción de frontera"

b) la adhesión de Francia a este orden represivo,

c) la consagración, por la resolución de 13.II.1946 de la Asamblea General de la ONU, de la definición de crímenes contra la Humanidad que figura en el estatuto del Tribunal de Nuremberg,

d) la recomendación de las Naciones Unidas a los Estados, en esta resolución, de perseguir o extraditar a los autores de tales crímenes,

e) la conformidad de tales textos con los arts. 15.2. del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos (y al art. 7.2 de la Convención Europea de derechos del hombre), que afirman que el principio de irretroactividad de las leyes penales no se opone a la persecución y condena de personas por hechos reputados como "criminales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de las naciones" -art. 15.2 citado. Esta excepción, en el caso de en propiedad lo fuera, a la irretroactividad de las leyes penales ha sido aplicada en la persecución penal contra una persona acusada de haber desviado un avión cuando éste hecho no era punible por el *ius fori* en el momento de haber sido cometido (Sri Lanka, Cr. of App., 28.5.1986, caso Ekanayake, I.L.R., 87, p. 298.
en 1989, por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá) en el caso Finta (10.5.1989, I.L.R., 82, 438 ss.).

Esta noción de crimen contra la humanidad obedece a la necesidad por parte de la comunidad internacional de reconocer que "hay dictados elementales de la humanidad que deben reconocerse en toda circunstancia" [79]. Hoy son parte de los principios aceptados por el Derecho Internacional.

Así lo confirmó la resolución 95 (I) de la Asamblea General de la ONU, de 11 de diciembre de 1946.

Quien fuera Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y, en lo que al Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (International Military Tribunal, IMT, 1945) se refiere, Fiscal Supremo por parte de los Estados Unidos, Sr. Robert H. Jackson, en su discurso de apertura expresaba lo siguiente: "El trato que un gobierno da a su propio pueblo, normalmente no se considera como asunto que concierne a otros gobiernos o la comunidad internacional de los estados. El maltrato, sin embargo, de alemanes por alemanes durante el nazismo traspasó, como se sabe ahora, en cuanto al número y a las modalidades de crueldad, todo lo que la civilización moderna puede tolerar. Los demás pueblos, si callaran, participarían de estos crímenes, porque el silencio sería consentimiento ." |80|

En palabras de Rainer Huhle, "Tímidamente, pero sí notablemente, se abrió paso a la idea de que hay derechos universales del hombre que ningún gobierno puede pisar libremente, sea en tiempos de guerra o de paz, sea en contra de sus propios ciudadanos o los de otra nación. Lo que se pudo observar en Nuremberg, era el penoso proceso del nacimiento de una nueva idea de derecho, desde las cáscaras del derecho de guerra ." |81|

Los principios reconocidos en el acuerdo firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 por Estados Unidos, Francia, Reino Unido y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas -al que se adherirían después 19 países más- , por el que se decide el establecimiento del Tribunal Militar Internacional, son llamados oficialmente en las Naciones Unidas "los Principios de Nuremberg". El parte de acuerdo, que integró los Principios en casos de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, se llama Estatuto de Nuremberg (Charter of the International Military Tribunal).

El 13 de febrero de 1946 la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 3 (1), en la que "toma conocimiento de la definición de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la Humanidad tal como figuran en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 8 de agosto de 1945", es decir tal cual figuran en el artículo 6 y siguientes del Estatuto.

Estos principios fueron integrados en las sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, del 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946. El Secretario General de la ONU, Trygve Lie, en su informe complementario, sugirió el 21 de octubre de 1946 que los Principios de Nuremberg fuesen adoptados como parte del Derecho Internacional. En su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de la ONU aceptó formalmente la sugerencia y por lo tanto, "confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nuremberg y por la Sentencia de ese Tribunal".

El efecto de las resoluciones mencionadas es consagrar con alcance universal el derecho creado en el Estatuto y en la Sentencia del Tribunal de Nuremberg |82|.

El tenor literal de la mencionada resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 es el que sigue:

95 (I). Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg.

La Asamblea General,

Reconoce la obligación que tiene, de acuerdo con el inciso (a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta, de iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación;

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

Por lo tanto,

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

Da instrucciones al Comité de codificación de Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946, para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación, en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal.

Quincuagésima quinta sesión plenaria,
11 de diciembre de 1946.

A su vez, mediante resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, relativa a la Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, la Asamblea General, decide confiar dicha formulación a la Comisión de Derecho Internacional, encargando a esta Comisión:

- a) Que formule los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg; y
- b) Que prepare un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el cual se indique claramente la función que corresponde a los principios mencionados en el precedente inciso a).

La Comisión, en su primera reunión de mayo a junio de 1949, elaboró dichos Principios y Delitos, adoptándolos en 1950 [83]. Tales principios se transcriben a continuación:

Principio I. Toda persona que cometa un acto que constituya delito dentro del Derecho Internacional es responsable del mismo y está sujeto a sanción.

Principio II. El hecho de que el Derecho nacional no sancione un acto que constituya un delito dentro del Derecho Internacional no exime de responsabilidad, conforme al mismo derecho, al ejecutor de tal delito.

Principio III. El hecho de que una persona que haya cometido un acto que constituya un crimen conforme al Derecho Internacional, haya actuado como Jefe de Estado o como funcionario público, no le exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional.

Principio IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, siempre que de hecho haya tenido la posibilidad de elección moral. Sin embargo, puede esta circunstancia ser tomada en consideración para atenuar la pena si la justicia así lo requiere.

Principio V. Toda persona acusada de un delito conforme al Derecho Internacional, tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

Principio VI. Los crímenes que se enumeran a continuación son punibles bajo el Derecho Internacional:

a) Crímenes contra la paz; a saber:

1. Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos y garantías internacionales.
2. Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso 1.

b) Crímenes de guerra; a saber:

Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitante, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles en territorios ocupados, o que en ellos se encuentren; el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o personas en el mar; la matanza de rehenes; el saqueo de la propiedad pública o privada; la destrucción incondicional de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c) Crímenes contra la Humanidad; a saber:

El asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, o las persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar cualquier delito de guerra, o en relación con tales delitos.

Principio VII. La Complicidad en la perpetración de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la Humanidad de los enumerados en el Principio VI es un crimen bajo el Derecho Internacional [84].

Esta elaboración de los principios de Nuremberg a cargo de la Comisión de Derecho Internacional incluye la complicidad -en los crímenes contra la paz, en los crímenes de guerra y en los crímenes contra la humanidad- en cuanto crimen internacional, es decir, la complicidad en un acto que constituye un crimen de Derecho Internacional es en sí misma un crimen de Derecho Internacional;

El proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954 incluye las figuras de la conspiración y la complicidad como consecuencia de la asunción de la doctrina de Nuremberg. Así pues, en su artículo 2.13) se recoge la figura de la conspiración referida a toda una serie de actos que constituyen delitos bajo el Derecho Internacional. El texto de proyecto de Código elaborado en 1954 contempla:

Art. 1. Los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, definidos en el presente Código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables.

Art. 2. Son delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad los siguientes actos: [...] 11) Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o

culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia. 12) Los actos cometidos violando las leyes o usos de la guerra. 13) Los actos que constituyan: conspiración para cometer cualquiera de los delitos definidos en los párrafos anteriores del presente artículo; instigar directamente a cometer cualquiera de los delitos definidos en los párrafos anteriores del presente artículo; tentativas de cometer cualquiera de los delitos definidos en los párrafos anteriores del presente artículo; complicidad en la perpetración de cualquiera de los delitos definidos en los párrafos anteriores del presente artículo.

Art. 3. El hecho de que una persona haya actuado como Jefe de un Estado o como autoridad del Estado no la eximirá de responsabilidad por la perpetración de los delitos definidos en el presente Código.

Art. 4. El hecho de que una persona, acusada de un delito definido en este Código, haya actuado en el cumplimiento de órdenes de su Gobierno o de su superior jerárquico, no la eximirá de responsabilidades conforme al derecho internacional si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.

Estos principios relativos a la responsabilidad del individuo y de los agentes del Estado en la conspiración para cometer crímenes contra la humanidad, han llegado a la redacción de 1996, en cuyo artículo 2, relativo a la responsabilidad individual, se recoge la participación directa en el plan o confabulación para cometer el crimen de genocidio (artículo 17), crímenes contra la humanidad (artículo 18), crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (artículo 19) y, por último, crímenes de guerra (artículo 20) [85]. Cabe resaltar, nuevamente que cuando el tipo delictivo en cuestión exige que la comisión de los actos a que se refiere sea de forma sistemática (i.e. crímenes contra la humanidad), los codificadores aclaran que por forma sistemática se entiende "con arreglo a un plan o política preconcebidos [86]".

También los Estatutos de los Tribunales ad-hoc, para la ex-Yugoslavia y Ruanda, se han hecho eco de estas figuras que arrancan de Nuremberg.

En su Informe sobre la constitución de un Tribunal Internacional encargado de juzgar a "las personas presuntamente responsables de violaciones graves del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia" desde 1991, el Secretario General de la ONU ha enumerado varias convenciones que en su opinión forman parte del Derecho Internacional consuetudinario, a saber:

- a) el Reglamento de La Haya de 1907,
- b) el Estatuto del Tribunal Militar internacional de Nuremberg de 1945,
- c) el Convenio sobre el crimen de genocidio de 1948,
- d) los Convenios de Ginebra de 1949.

La constatación por el Secretario General del carácter consuetudinario de estos instrumentos es vinculante para todos los Estados conforme al artículo 25 de la Carta de la ONU, pues el Consejo de Seguridad aprobó el Informe del Secretario General sin ninguna reserva (S/Res. 827, 25 de mayo de 1993, pár. 2).

Por último, y si tenemos en cuenta que la Comisión de Derecho Internacional orientó su trabajo hacia la creación lo que es ahora la Corte Penal Internacional, es necesario añadir que el Estatuto de este Tribunal, aprobado en Roma en julio de 1998 por 120 votos a favor, 21 abstenciones y sólo 7 votos en contra, se hace eco de los principios de Nuremberg en su artículo 25, sobre responsabilidad penal individual, artículo éste enmarcado bajo la rúbrica de "Principios Generales de Derecho Penal".

Art. 25. Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
 - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
 - b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
 - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
 - d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; (...)

Igualmente, la improcedencia del cargo oficial se recoge en el artículo 27, la responsabilidad de los jefes y otros superiores en el artículo 28, y, la no exención por obediencia debida en el artículo 33.

Todo ello ilustra bien a las claras la obligación erga omnes que tienen todos los Estados de la comunidad internacional de aplicar los principios emanados de Nuremberg, entre otras cosas, porque la mera pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas mediante la aceptación del estatuto de la misma, lleva ínsita la aceptación y el compromiso por hacer cumplir los principios que, emanados de Nuremberg, han pasado a ser Derecho Internacional de obligado cumplimiento, tanto consuetudinario como convencional.

La noción de crimen contra la humanidad busca la preservación a través del derecho penal internacional, de un núcleo de derechos fundamentales cuya salvaguardia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional, ya que, como afirma la Corte Internacional de Justicia en la sentencia Barcelona Traction, "dada la importancia de los derechos que están en juego puede considerarse que los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones erga omnes" [87]. Esto significa que estas obligaciones son exigibles a todos los Estados y por todos los Estados. Como consecuencia, están sujetos al principio de jurisdicción penal universal.

En lo que se refiere a la aplicación de los principios recogidos en el Estatuto y las sentencias de Nuremberg a nivel Latinoamericano, la sentencia de 7 de agosto de 2003 de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, Sala II, de Buenos Aires, en el caso del General (R) Santiago Omar Riveros, expone claramente la vigencia de tales principios en el ámbito de las Américas:

Sobre este agravio, tal como ha sostenido esta Cámara en la causa 30.514 del 9/9/99, reg. 742, la evolución del derecho ha experimentado una modificación sustancial a partir de la incorporación

del derecho internacional en las consideraciones del derecho interno de cada nación y, de acuerdo con el mismo, los crímenes contra la humanidad tienen indudablemente el carácter de imprescriptibles.

Al respecto, no pude obviarse que ya el 8 de agosto de 1945 se concluyó el 'Acuerdo de Londres' firmado por las potencias aliadas que actuaron 'en interés de todas las Naciones Unidas', mediante el cual se anunció la creación de un Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran localización geográfica particular.

Dicho Tribunal funcionó en Nüremberg y su estatuto formó parte del 'Acuerdo de Londres' recién mencionado. En el estatuto del Tribunal de Nüremberg se ratificó el principio de la responsabilidad individual o personal de los acusados y se definieron los actos que se consideraban crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, clasificándolos en tres categorías (art. 6): 'crímenes contra la paz'; 'crímenes de guerra' y 'crímenes contra la humanidad', estos últimos definidos como 'asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados'(Cfr. Mattarollo, Rodolfo, 'La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad', en Revista Argentina de Derechos Humanos, Año 1- Número 0, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 117) .

Tal definición marcó el nacimiento de la moderna noción de crímenes contra la humanidad (cfr. Ratner, Steven y Abrams, Jason en 'Accountability for Human Rights Atrocities in International Law', Edición, Oxford University Press, 2001, p. 47).

Pocos meses después de la firma de la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945) y en pleno desarrollo del juicio de Nüremberg, la Asamblea General de la O.N.U. adoptó, el 13 de febrero de 1946 la Resolución 3 (I), sobre 'Extradición y castigo de criminales de guerra', en la que 'toma conocimiento de la definición de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad tal como figuran en el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg de 8 de agosto de 1945' e insta a todos los estados a tomar las medidas necesarias para detener a las personas acusadas de tales crímenes y enviarlas a los países donde los cometieron para que sean juzgados.

Así, con posterioridad y por unanimidad, no sólo se ratificaron los principios jurídicos contenidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en su sentencia con la intención de que se hicieran parte permanente del derecho internacional (ver Friedman, Leon, 'Law of War', New York, Random House, 1972, t. II, ps. 1027/1028; citado por el juez Leopoldo Schiffrin en su voto que integra la sentencia de la Cámara Federal de La Plata, Sala III penal, del 30 de agosto de 1989, en la que se resolvió la extradición de J. F. L. Schwammberger, El Derecho, 135-326, p. 336), sino que, asimismo, se instruyó al Comité de Codificación de Derecho Internacional establecido por la Asamblea General ese mismo día, para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación en el contexto de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un Código Criminal Internacional conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en las sentencias de dicho Tribunal.

En el ámbito americano entre los meses de febrero y marzo de 1945, en la ciudad de Chapultepec, se llevó a cabo la 'Conferencia Americana sobre Problemas de la Guerra y la Paz'. En su Resolución VI, denominada 'Crímenes de Guerra', los países americanos expresaron su adhesión a las declaraciones de los gobiernos aliados '...en el sentido de que los culpables, responsables y cómplices de tales crímenes sean juzgados y condenados' |88| (cfr., Sancinetti, Marcelo y Ferrante, Marcelo, 'El derecho penal en la protección de los derechos humanos', Hammurabi, Buenos Aires,

1999, p. 438).

Durante el año 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó, el 31 de octubre, la Resolución 170 (II), en la que reiteró lo expresado en la resolución citada anteriormente, y, el 21 de noviembre, aprobó la Resolución 177 (II) sobre 'Formulación de los principios reconocidos en el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg'. Mediante esta última, encomendó a la Comisión de Derecho Internacional que formule los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg. La Comisión de Derecho Internacional cumpliendo con dicho mandato, entre junio y julio de 1950, formuló los 'Principios de Nüremberg' entre los cuales, el número VI dice del modo que sigue: 'Los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad son punibles bajo el Derecho Internacional'.

La República Argentina adhirió al Acta Final de la Conferencia de Chapultepec mediante el decreto 6945 del 27 de marzo de 1945, ratificado por la ley 12.837. [89]

I.5.- Características de los crímenes contra la humanidad por razón de su naturaleza. [90]

En razón de su naturaleza, como ofensa a la dignidad inherente al ser humano, los crímenes contra la humanidad tienen varias características específicas.

I.5.1 .- Los crímenes contra la humanidad no están sujetos al instituto de la prescripción.

Precisamente así lo establece la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2391 (XXII) de 1968. La afirmación que esta Convención realiza en este sentido no fue más que la plasmación "del consenso logrado para consagrar la recepción convencional de un principio ya existente en el derecho internacional referente a la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad". [91]

También así lo dispone la Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la humanidad y de los Crímenes de Guerra, adoptada por el Consejo de Europa el 25 de enero de 1974.

Este principio fundamental del derecho internacional fue reafirmado en el Artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

- Aplicación del principio por tribunales ordinarios internos .

Los delitos de la naturaleza de los crímenes contra la humanidad, no prescriben, precisamente por la naturaleza especial de los mismos.

Así lo han determinado tribunales regionales como la Corte IDH y el TEDH, pero también tribunales ordinarios internos en países como Argentina y España.

El 7 de agosto de 2003, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, Sala II, de Buenos Aires, resolvía la apelación que le fue presentada por la defensa del General (R) Santiago Omar Riveros, contra la decisión del Magistrado de grado que no hizo lugar a la excepción de prescripción de la acción penal a su respecto. La Sala falló en contra del apelante al estimar que revistiendo los hechos el carácter de los crímenes contra la humanidad, éstos son imprescriptibles:

Por otra parte, la defensa niega la imprescriptibilidad de los ilícitos imputados en tanto ello implicaría la retroactividad de leyes penales más gravosas y aplicación arbitraria de la ley, violando de esa manera el principio del debido proceso, de jerarquía constitucional.

Sobre este agravio, tal como ha sostenido esta Cámara en la causa 30.514 del 9/9/99, reg. 742, la evolución del derecho ha experimentado una modificación sustancial a partir de la incorporación del derecho internacional en las consideraciones del derecho interno de cada nación y, de acuerdo con el mismo, los crímenes contra la humanidad tienen indudablemente el carácter de imprescriptibles.

Al respecto, no pude obviarse que ya el 8 de agosto de 1945 se concluyó el 'Acuerdo de Londres' firmado por las potencias aliadas que actuaron 'en interés de todas las Naciones Unidas', mediante el cual se anunció la creación de un Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran localización geográfica particular.

Dicho Tribunal funcionó en Nüremberg y su estatuto formó parte del 'Acuerdo de Londres' recién mencionado. En el estatuto del Tribunal de Nüremberg se ratificó el principio de la responsabilidad individual o personal de los acusados y se definieron los actos que se consideraban crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, clasificándolos en tres categorías (art. 6): 'crímenes contra la paz'; 'crímenes de guerra' y 'crímenes contra la humanidad', estos últimos definidos como 'asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados'(Cfr. Mattarollo, Rodolfo, 'La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad', en Revista Argentina de Derechos Humanos, Año 1- Número 0, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 117) .

Tal definición marcó el nacimiento de la moderna noción de crímenes contra la humanidad (cfr. Ratner, Steven y Abrams, Jason en 'Accountability for Human Rights Atrocities in International Law', Edición, Oxford University Press, 2001, p. 47).

Pocos meses después de la firma de la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945) y en pleno desarrollo del juicio de Nüremberg, la Asamblea General de la O.N.U. adoptó, el 13 de febrero de 1946 la Resolución 3 (I), sobre 'Extradición y castigo de criminales de guerra', en la que 'toma conocimiento de la definición de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad tal como figuran en el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg de 8 de agosto de 1945' e insta a todos los estados a tomar las medidas necesarias para detener a las personas acusadas de tales crímenes y enviarlas a los países donde los cometieron para que sean juzgados.

Así, con posterioridad y por unanimidad, no sólo se ratificaron los principios jurídicos contenidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en su sentencia con la intención de que se hicieran parte permanente del derecho internacional (ver Friedman, Leon, 'Law of War', New York, Random House, 1972, t. II, ps. 1027/1028; citado por el juez Leopoldo Schiffrin en su voto que integra la sentencia de la Cámara Federal de La Plata, Sala III penal, del 30 de agosto de 1989, en la que se resolvió la extradición de J. F. L. Schwammberger, El Derecho, 135-326, p. 336), sino que, asimismo, se instruyó al Comité de Codificación de Derecho Internacional establecido por la Asamblea General ese mismo día, para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación en el contexto de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un Código Criminal Internacional conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en las sentencias de dicho Tribunal.

En el ámbito americano entre los meses de febrero y marzo de 1945, en la ciudad de Chapultepec, se llevó a cabo la 'Conferencia Americana sobre Problemas de la Guerra y la Paz'. En su Resolución VI, denominada 'Crímenes de Guerra', los países americanos expresaron su adhesión a las declaraciones de los gobiernos aliados '...en el sentido de que los culpables, responsables y cómplices de tales crímenes sean juzgados y condenados' (cfr., Sancinetti, Marcelo y Ferrante, Marcelo, 'El derecho penal en la protección de los derechos humanos', Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 438).

Durante el año 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó, el 31 de octubre, la Resolución 170 (II), en la que reiteró lo expresado en la resolución citada anteriormente, y, el 21 de noviembre, aprobó la Resolución 177 (II) sobre 'Formulación de los principios reconocidos en el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg'. Mediante esta última, encomendó a la Comisión de Derecho Internacional que formule los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg. La Comisión de Derecho Internacional cumpliendo con dicho mandato, entre junio y julio de 1950, formuló los 'Principios de Nüremberg' entre los cuales, el número VI dice del modo que sigue: 'Los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad son punibles bajo el Derecho Internacional'.

La República Argentina adhirió al Acta Final de la Conferencia de Chapultepec mediante el decreto 6945 del 27 de marzo de 1945, ratificado por la ley 12.837.

En tal sentido, siguiendo con el análisis del contexto normativo internacional sobre los crímenes contra la humanidad, se puede concluir que en el caso se configura la conducta calificada por el derecho internacional como desaparición forzada de personas, tal como fuera receptada en el texto de la 'Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas', aprobada por nuestro Estado a través de la ley 24.556. Es así como en el artículo 2º de dicha Convención, se define a la desaparición forzada de personas como: 'privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad, o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes'

En el contenido de esta norma se advierte su coincidencia con la descripción que caracteriza al delito previsto en el artículo 146 de nuestro Código Penal ya que, por un lado, se hace referencia a la privación de la libertad propiamente dicha, mientras que por el otro, se resalta la falta de información sobre el paradero de la persona o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad.

Por su parte, la 'Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas', aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1992, considera 'que las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad'.

También corresponde destacar en apoyo de la tesis aquí sostenida con relación a la estrecha vinculación existente entre las figuras de privación ilegítima de la libertad, de sustracción y posterior retención y ocultación de menores, y la desaparición forzada de personas, la circunstancia de que la Declaración mencionada, en su artículo 20, ubica a la sustracción de menores dentro de los límites de la desaparición forzada de personas.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 29 de julio de

1988, 'Caso Velázquez Rodríguez', sostuvo que el fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos. Allí este organismo judicial internacional afirmó que: 'si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad' (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, págs. 369, 687 y 1103). Por su parte, la Asamblea de la OEA ha afirmado que 'es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad (AG/RES. 666, supra)'. También la ha calificado como 'un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal (AG/RES. 742, supra)... La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar (caso ' Velázquez Rodríguez' ya citado).

En síntesis, en el presente caso nos encontramos ante un ilícito que debe ser considerado un crimen contra la humanidad.

Los crímenes contra la humanidad y las normas que los regulan forman parte del 'ius cogens' y, por ello, son reglas imperativas del derecho internacional general que, tal como lo reconoce el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados desde 1969, no pueden ser modificados por tratados o leyes nacionales: 'Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter'.

Por lo tanto, el trato tanto dogmático como procesal que cada nación observe con respecto a estos ilícitos no puede soslayar el deber internacional y el compromiso asumido para ello, con independencia de la voluntad de cada estado en la forma en que regula su derecho interno.

[...]

No existen obstáculos derivados del principio de legalidad, en tanto la prevalencia de la acción penal viene impuesta como ley anterior, por toda la normativa internacional que nos rige. Por otra parte, tampoco existe óbice alguno derivado de dicho principio dado que la tipificación de las conductas imputadas en tanto crímenes contra la humanidad y delitos comunes del Código Penal argentino es anterior a la fecha de comisión de los hechos. En síntesis, en el caso se están aplicando normas que se encontraban en plena vigencia al tiempo de comisión de los hechos.

A su vez, es innegable que la propia noción de crímenes contra la humanidad está indisolublemente asociada a la necesidad de su persecución más allá de cualquier barrera temporal, y que se ha generado lo que podríamos llamar una 'costumbre internacional' al respecto, a la que convergen las múltiples manifestaciones a través de las cuales el derecho internacional se exterioriza y desarrolla en el sentido considerado (cfr. todos los antecedentes internacionales citados en el fallo de esta Sala, 'Massera, Eduardo s/ excepciones' del 9/9/99).

Si bien luego de la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional afirmó la necesidad de llevar a juicio y sancionar penalmente a los responsables, la mayoría de los instrumentos, declaraciones y tratados referidos al tema no aludieron expresamente a la cuestión temporal de la persecución de los responsables de crímenes contra el derecho de gentes.

Sin embargo, era lógico que como corolario del principio de inexorabilidad del juicio y de la sanción penal a los responsables de crímenes contra el derecho internacional, se afirmara que no existe barrera temporal alguna para llevar a cabo la persecución penal. La gravedad de las conductas que integran los llamados crímenes contra el derecho de gentes, la lesión que ellos suponen a toda la humanidad en su conjunto y el interés de la comunidad internacional en la persecución penal de esos crímenes, no parecen compatibles con la existencia de un momento a partir del cual el autor de un crimen semejante pudiera estar a salvo de tener que responder penalmente por un acto que conmueve los principios más elementales de humanidad.

Este movimiento de opinión a favor de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes llevó a que en 1968 fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la 'Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad' por la resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de ese año.

El Artículo I de la Convención expresa que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad '...son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido'.

Ha sido destacado reiteradamente que al momento de aprobarse esta Convención se introdujo en su texto el verbo 'afirmar' en reemplazo del original del verbo 'enunciar' que contenía el proyecto original. Ello fue '...a resultas del consenso logrado para consagrar la recepción convencional de un principio ya existente en el derecho internacional referente a la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad' (Cfr., consid. 82 del voto del juez Bossert y consid. 68 del voto conjunto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor en el fallo 'Priebke', cit.). Al respecto, recuerda Marcelo Ferrante que 'Durante el debate se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino, mas bien, afirmarlo' (Cfr., Sancinetti, M. y Ferrante, M., op. cit., ps. 428/429).

En consecuencia, además de 'afirmar' el principio de la imprescriptibilidad la Convención compromete a los Estados a adoptar todos los procedimientos constitucionales, legislativos o de otra índole que fueran necesarios para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes de guerra o de lesa humanidad o sea abolida (art. IV).

Sobre la existencia de una norma consuetudinaria referida a la imprescriptibilidad de los crímenes contra el derecho de gentes, aun con anterioridad a la firma de la Convención, también se pronuncia Vinuesa al afirmar: 'Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que de esta forma se diferencian de los delitos comunes. En nuestro criterio, el reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de Noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 2391 (XXIII) no hace mas que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre' (Cfr. Vinuesa, Raúl Emilio, 'La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario', Revista Internacional de la Cruz Roja del 30 de julio de 1998).

La existencia de una norma consuetudinaria o de un principio general de derecho en cuya virtud los crímenes contra el derecho de gentes deben considerarse imprescriptibles, más allá de la vigencia de una obligación convencional para los estados que han suscripto tratados al respecto, parece surgir, además de lo ya expuesto, de un conjunto de resoluciones de las Naciones Unidas dictadas luego de la aprobación de la Convención de 1968. En ellas la Asamblea General de la ONU exhortó a los estados miembros a observar los principios afirmados en la Convención sobre la Imprescriptibilidad

de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, incluso cuando no fueran parte en ella. Así exhortó a los estados '...a cumplir el 'deber de observar estrictamente' sus disposiciones y, por último, afirmó que 'la negativa de un Estado a cooperar con la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas de derecho internacional universalmente reconocidas' (Cfr. resoluciones de la Asamblea General n. 2583 -XXIV- del 15/12/69, n. 2712 -XXV- del 15/12/70 y n. 2840 -XXV- del 18/12/71 relativas a la 'Cuestión del Castigo de las Criminales de Guerra y de las Personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad')' (Cfr., voto del Dr. Bossert, en 'Priebke', fallo cit., consid. 87).

En este sentido cabe referir que la norma de imprescriptibilidad ha sido incorporada a los Proyectos de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1986 (art. 5) y de 1994 (art. 7). Por su parte el art. 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, establece que 'Los crímenes de competencia de esta Corte no prescribirán'. En el ámbito regional, también fue establecida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. VII). El fallo 'Priebke' es, sin duda, un reconocimiento de la plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico interno de los 'postulados modernos' referidos a crímenes contra el derecho de gentes. En el caso que tuvo que resolver la Corte, el efecto concreto de la aplicación de esos postulados modernos del derecho de gentes fue la consideración de los hechos como no sujetos a prescripción. En consecuencia, no se consideraron aplicables los plazos de prescripción previstos en el art. 62 del Código Penal. Sobre la necesidad de persecución de las graves violaciones de los derechos humanos, más allá de toda barrera temporal y de amnistía o perdón, es insoslayable traer a colación la reciente resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Barrios Altos' (sentencia del 14 de marzo de 2001).

Allí, la Corte afirmó: 'Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos'.

Para finalizar es necesario recalcar que es ya doctrina pacífica de esta Cámara la afirmación de que los crímenes contra la humanidad no están sujetos a plazo alguno de prescripción conforme la directa vigencia en nuestro sistema jurídico de las normas que el derecho de gentes ha elaborado en torno a los crímenes contra la humanidad y que nuestro sistema jurídico recepta a través del art. 118 Constitución Nacional (Ver causas, 'Massera s/excepciones' del 9 de septiembre de 1999, Sala I, expte. 30514; 'Astiz, Alfredo s/nulidad', 4 de mayo de 2000, Sala II, expte. 16.071; 'Contreras Sepúlveda s/prescripción de la acción penal', 4 de octubre de 2000, Sala II, expte. 18.020, entre otras).

III.- En virtud de lo expuesto, el TRIBUNAL RESUELVE: CONFIRMAR la resolución apelada en todo cuanto decide y fuera materia de recurso .- [92]

- Aplicación del principio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH, en la referida sentencia del caso Almonacid [93], califica los actos represivos de la dictadura Chilena (1973-1990) como de crímenes contra la humanidad y expresamente se refiere a la imprescriptibilidad de estos crímenes:

99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa

humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

[...]

151. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

152. En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad |161| claramente afirmó que tales ilícitos internacionales "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

También en la sentencia recaída en el caso La Cantuta |94|, afirma la Corte IDH:

225. En tal sentido, es oportuno insistir en que los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía (*supra* párr. 152)...

Y de nuevo la Corte IDH remite a lo que ya había expuesto con anterioridad en la sentencia del caso Almonacid.

- Aplicación del principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la mencionada decisión de 17 de enero de 2006 en el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia, sostiene:

[...] El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c)). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la resolución 95 de

la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, el Tribunal desea enfatizar que el artículo I b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido e independientemente de si han sido cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz. Tras acceder a la Convención antedicha, la República de Estonia quedó vinculada a la aplicación de los mencionados principios.

El Tribunal reitera, que el artículo 7 § 2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg (ver Papon v. France (no. 2) (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII, y Touvier v. France, no. 29420/95, decisión de la Comisión de 13 de enero de 1997, Decisiones e Informes 88-B, p. 161).

[...]

Además, tal y como el Tribunal ha expresado más arriba, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a limitación temporal alguna, sea cual fuere la fecha de su comisión. Estonia accedió a la Convención el 21 de octubre de 1991. Este Tribunal no halla motivo para cuestionar la interpretación y aplicación que hacen los tribunales estonios del derecho interno a la luz del derecho internacional relevante. [...]

Con ello el TEDH determinó que la condena por crímenes contra la humanidad a los apelantes (Sres. August Kolk y Petr Kislyiy), no viola el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone expresamente que "este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

En el mismo sentido, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forma parte del ordenamiento interno español en virtud de los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución Española, dispone:

"1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional."

Adicionalmente, los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones" aprobados por la Asamblea General de la ONU el pasado 21 de marzo de 2006 (A/60/509/Add.1), y que recogen una serie de derecho internacional de ius cogens disponen:

"IV. Prescripción

6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.

7. Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas."

En España, las causas que en 1996 se iniciaron ante la Audiencia Nacional española por los crímenes cometidos durante las últimas dictaduras militares en Chile y Argentina y las víctimas españolas en estos países, junto con los desarrollos operados a nivel internacional, especialmente con el establecimiento de la Corte Penal Internacional, han contribuido a trasladar a nivel interno el derecho internacional de los derechos humanos en lo que hace a la tipificación penal y aplicación por parte de la jurisprudencia de la figura de los crímenes contra la humanidad.

Mediante Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En el marco de la adecuación del ordenamiento jurídico español al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre -por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal-, se procedió a la modificación del Código Penal español, añadiéndose un capítulo II bis al título XXIV del libro II del mismo, con la rúbrica "De los delitos de lesa humanidad", recogiendo esta figura en el artículo 607 bis del mismo.

En cuanto a la tipicidad, *lex certa* y la irretroactividad de la norma penal aplicable, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la sentencia Núm. 16/2005, de 19 de abril de 2005, recaída en el caso Adolfo Scilingo Manzorro, resuelve estas cuestiones al amparo de las propias características inherentes a los crímenes contra la humanidad:

"Como ya avanzamos en su momento, el primer y aparentemente mayor problema, que inmediatamente vamos a tratar, para la aplicación del precepto penal contenido en el art.607 bis del CP referido a los crímenes de lesa humanidad lo constituye el de su no vigencia en el momento de la producción de los hechos dada su reciente incorporación al derecho positivo español. El Art. 9.3 de la CE, al garantizar el principio de legalidad también se refiere al de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras mas favorables. El Art. 25 CE, expresamente establece que "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito ... según la legislación vigente en aquel momento". Se plantean, pues, varios problemas relacionados con el principio de legalidad y tipicidad de las normas penales: retroactividad, certeza y previsibilidad de la norma penal aplicable...

En cuanto [a] ... la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos... [p]artimos de la prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los Estados al ser un norma de "ius cogens" internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas, como tampoco, como veremos, que sean inciertas o imprevisibles ni en el mandato o prohibición que contienen ni en el de la pena a aplicar..."

Por tanto, la prohibición de cometer este tipo de crímenes es una norma imperativa, *deus cogens*, y no sometida al instituto de la prescripción.

I.5.2.- Los crímenes contra la humanidad no se ven afectados por el principio de derecho penal *ne bis in idem*, que tampoco opera en los casos de cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta".

Frente a los crímenes contra la humanidad, no es invocable el principio *ne bis in idem* como excluyente de responsabilidad para excusarse del deber de investigar y sancionar a los responsables.

Así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en, *inter alia*, las sentencias mencionadas recaídas en los casos *Almonacid Arellano y Otros y La Cantuta*.

En la primera de ellas expone la Corte IDH a este respecto:

151. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

154. En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta"... [L]as exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*. [95]

155. En el presente caso, se cumplen dos de los supuestos señalados. En primer lugar, la causa fue llevada por tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad. En segundo lugar, la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano en la impunidad. En consecuencia, el Estado no puede auxiliarse en el principio de *ne bis in idem*, para no cumplir con lo ordenado por la Corte (*supra* párr. 147).

156. Por otro lado, el Estado, para cumplir con su deber investigativo, debe garantizar que todas las instituciones públicas brinden las facilidades necesarias al tribunal ordinario que conocerá el caso del señor Almonacid Arellano (*supra* párr. 147) y, en consecuencia, deberán remitirle la información y documentación que les solicite, llevar a su presencia a las personas que éste requiera y realizar las diligencias que les ordene.

También la Corte IDH trató esta cuestión en el caso *La Cantuta*, en su sentencia de 29 de noviembre de 2006, en donde incluso aborda la cuestión de lo que llama "ausencia de resolución legítima":

Debido proceso, cosa juzgada y *ne bis in idem*

9. La Corte Interamericana --al igual que otros tribunales internacionales y nacionales-- ha establecido criterios a propósito de la cosa juzgada y del principio *ne bis in idem*, conectado a aquélla. La cosa juzgada y el principio *ne bis in idem* sirven a la seguridad jurídica e implican garantías de importancia superlativa para los ciudadanos y, específicamente, para los justiciables. Ahora bien, la cosa juzgada supone que existe una sentencia a la que se atribuye esa eficacia: definición del derecho, intangibilidad, definitividad. Sobre esa hipótesis se construye la garantía de *ne bis in idem*: prohibición de nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada (material).

10. La sentencia es el resultado del proceso, es decir, constituye la desembocadura de una serie de actuaciones perfectamente reguladas y sujetas a un orden garantista que establece los presupuestos del proceso y las condiciones de validez de los actos centrales que integran éste, y en consecuencia acreditan la legitimidad del proceso mismo como sustento de la sentencia. El desarrollo del sistema procesal bajo el impulso de los derechos humanos preside la noción de debido proceso. En este sentido, pone de manifiesto la sustitución de la cuestionada fórmula "el fin justifica los medios" por otra regla de signo contrario: "la legitimidad de los medios empleados justifica el fin que se logra con ellos"...

12. El Derecho internacional de los derechos humanos en la hora actual, así como el Derecho penal internacional, reprueban la simulación de enjuiciamientos cuyo propósito o resultado se distancia de la justicia y pretende un objetivo contrario al fin para el que han sido dispuestos: injusticia, oculta entre los pliegues de un proceso "a modo", celebrado bajo el signo del prejuicio y comprometido con la impunidad o el atropello. De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite que subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia penal internacional se rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no pueden o no quieren hacer justicia.

13. ¿Implica esto la decadencia de la cosa juzgada --frecuentemente cuestionada en materia penal-- y la supresión del *ne bis in idem*, con riesgo general para la seguridad jurídica? La respuesta, que prima facie pudiera parecer afirmativa, no lo es necesariamente. No lo es, porque bajo las ideas expuestas no se disputa la eficacia de la res judicata ni de la prohibición de segundo juicio cuando aquélla y éste se fincan en las disposiciones aplicables y no entrañan ni fraude ni abuso, sino garantía de un interés legítimo y amparo de un derecho bien establecido. No se combate, pues, la "santidad" de la cosa juzgada ni la firmeza del primer juicio --a título, entonces, de único juicio posible--, sino la ausencia de resolución legítima --esto es, legitimada a través de un debido proceso-- a la que se atribuya eficacia de cosa juzgada e idoneidad para sustentar el *ne bis in idem*.

Por esos motivos, el principio de cosa juzgada no entraría a operar cuando los crímenes cometidos son crímenes contra la humanidad.

Es por ello que en los procedimientos denominados de "versión libre" y otros previstos en la Ley de Justicia y Paz son inconsustanciales y contrarios a los procedimientos penales tal cual se entienden en el derecho internacional. En el caso concreto de la Ley de Justicia y Paz, tanto ésta como los procedimientos previstos por ella, no pueden ser considerados procedimientos legales porque violan, entre otros derechos, el derecho al debido proceso, el derecho a representación en el procedimiento por parte de las víctimas, y, lo que es más grave aún, no permite que las pruebas superen el principio de contradicción, elemento fundamental del proceso penal.

La mencionada Ley y los procedimientos en virtud de la misma, serían nulos de plena nulidad, contrarios al derecho internacional y, por ende, reúnen todas las condiciones para ser considerados procedimientos fraudulentos, que tienen como finalidad "sustraer al acusado de su responsabilidad

penal" y cuyas características coinciden plenamente con lo expresado por la Corte IDH en la sentencia Almonacid, cuando dice:

En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta"... [L]as exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem. [96]

Por lo tanto, los imputados en los procedimientos de la Ley de Justicia y Paz quedan incluidos sin excepción en el instituto de la no prescripción de los delitos cometidos, no pudiendo ser considerados estos procesos como juicios penales válidos y, de este modo, no podrá alegarse el principio ne bis in idem ante un tribunal penal que cumpla las condiciones del debido proceso ni, por supuesto, ante tribunales de terceros países que utilicen la figura de crímenes contra la humanidad o lo previsto por la Convención de crimen organizado transnacional. Además, no podrá alegarse como causa para la no extradición ante procedimientos abiertos en terceros países.

I.5.3 .- Los crímenes contra la humanidad no son amnistiables bajo ningún concepto.

Ya la Corte Interamericana resolvió la cuestión de las amnistías y su carácter violatorio del Pacto de San José de Costa Rica y del derecho internacional en diferentes oportunidades, y ello básicamente porque este tipo de normas vulneran el derecho de las víctimas y sus familiares a la justicia.

Estas medidas que han permitido la impunidad, han denegado el derecho a un recurso judicial y a saber la verdad que le asiste a las víctimas, han sido consideradas incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con anterioridad al caso Almonacid, así lo había resuelto la Corte IDH en lo referido al Decreto de Indulto en Chile o las leyes de punto final y obediencia debida y los decretos de indulto en Argentina. Recordamos en este sentido, que mediante sentencia de 14 de junio de 2005 la propia Corte Suprema argentina declaró nulas esas leyes de impunidad y lo hizo sobre la base de que los hechos que se juzgaban son crímenes contra la humanidad.

La sentencia de la Corte Suprema argentina, de 14 de junio de 2005, de nulidad de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, sistematiza lo que ha sido hasta el momento la doctrina de la Corte IDH y resuelve la aplicación de la misma en este aspecto a nivel interno argentino:

12) Que en cuanto a la pretensión del imputado de ampararse bajo la llamada "ley de obediencia debida", corresponde señalar que al dictar dicha ley (23.521), el Congreso Nacional resolvió convalidar la decisión política del Poder Ejecutivo de declarar la impunidad del personal militar en las condiciones del art. 1º de dicha ley, por los delitos cometidos "desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo" (art. 10, inc. 1, ley 23.049). Con el objetivo señalado, la ley mencionada se sustentó en la creación de una presunción, de conformidad con la cual, se debía considerar "de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la

autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad" (art. 1º, ley 23.521, in fine).

13) Que la ley mencionada presentaba falencias serias en cuanto a su formulación, las cuales fueron señaladas al examinar su compatibilidad con la Constitución Nacional en el precedente de Fallos: 310:1162 (conf. voto del juez Petracchi). Como se indicó en esa oportunidad, la ley 23.521 presentaba la particularidad de que no establecía regla alguna aplicable a hechos futuros y, de este modo, no cumplía con el requisito de generalidad propio de la función legislativa, infringiendo, por lo tanto, el principio de división de poderes. Asimismo, tal como se destacó en ese momento, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto, tal como ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional.

No obstante, a pesar de las deficiencias de la técnica legislativa utilizada, la ratio legis era evidente: amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.

14) Que desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos --con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional-- ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del sub lite.

16) Que si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre "civiles y militares". Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al "olvido" de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y

obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas).

18) Que ya en su primer caso de competencia contenciosa, "Velázquez Rodríguez", la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual, "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención".

19) Que si bien el fallo citado reconoció con claridad el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones concretas de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.

20) Que en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos --desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros-- cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar".

21) Que ya a partir de ese momento había quedado establecido que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la circunstancia de que los actos en cuestión hubieran sido dictados por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático (tal había sido la alegación del gobierno argentino) era prácticamente irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH.

22) Que, sin embargo, restaba aún por determinar los alcances concretos de la recomendación de la Comisión en el Informe citado, en particular, con respecto a cuáles eran las "medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos". Ello, por cuanto el tenor de la recomendación dirigida por la Comisión a la Argentina con relación a la incompatibilidad de las leyes de punto final y obediencia debida no permitía

inferir, sin más ni más, si era suficiente el mero "esclarecimiento" de los hechos, en el sentido de los llamados "juicios de la verdad", o si los deberes (¡y las facultades!) del Estado argentino en esta dirección también suponían privar a las leyes y el decreto en cuestión de todos sus efectos, ya que tal conclusión significaba producir una fuerte restricción de la cosa juzgada y del principio de legalidad, que impide prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal, ya cumplida en muchos casos.

23) Que tales dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos". En efecto, en dicha sentencia, la Corte Interamericana hizo lugar a una demanda contra el Perú, a raíz de un episodio ocurrido en Lima, en el vecindario de "Barrios Altos", el 3 de noviembre de 1991. Según se desprende del relato de los hechos, esa noche, durante una fiesta para recaudar fondos, llegaron dos vehículos con sirenas policiales. Sus ocupantes llevaban pasamontañas y obligaron a los asistentes a arrojarse al suelo, y una vez allí, les dispararon con ametralladoras y mataron a quince personas. Los autores del hecho fueron identificados como miembros de inteligencia militar del ejército peruano, que actuaban en un "escuadrón de eliminación" con su propio programa antisubversivo y que habría obrado en represalia contra supuestos integrantes de la agrupación "Sendero Luminoso". Aunque el hecho ocurrió en 1991, sólo en 1995 una fiscal intentó sin éxito hacer comparecer a los militares imputados a fin de que prestaran declaración. Poco después, una jueza asumió la investigación y ordenó la citación. Sin embargo, la justicia militar dispuso que los militares no declararan. De este modo, se planteó un conflicto de competencia ante la Corte peruana, y antes de que ésta resolviera, el Congreso sancionó una ley de amnistía (26.479) que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones entre 1980 y 1995. La jueza declaró la inconstitucionalidad de la amnistía por violar garantías y obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al tiempo, el Congreso dictó una nueva ley (26.492), en la que declaró que la amnistía no era revisable en sede judicial y que era de aplicación obligatoria. Además, amplió el alcance de la ley anterior, con lo cual quedaron también abarcados aquellos hechos que no hubieran sido denunciados. El tribunal de apelación que revisaba la decisión de la jueza declaró la constitucionalidad de las leyes en cuestión, y ello determinó el archivo definitivo de la investigación.

La Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía, que constituyó la violación de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Con relación a este último aspecto, señaló expresamente que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos". Señaló asimismo: "La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (...). Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana". Consiguientemente, ante la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de

autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables".

24) Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en "Barrios Altos" al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, "exactamente" iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de "autoamnistía". Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes ad hoc, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos.

En este sentido, corresponde destacar que lo que indujo al tribunal interamericano a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la ley de facto 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter de facto o no del gobierno que las dicta, sino que son razones materiales las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos.

25) Que, a esta altura, y tal como lo señala el dictamen del señor Procurador General, la circunstancia de que leyes de estas características puedan ser calificadas como "amnistías" ha perdido toda relevancia en cuanto a su legitimidad. Pues, en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles.

26) Que, en este sentido, el caso "Barrios Altos" estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de "pacificación" disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.

27) Que en este punto resulta pertinente recordar el voto concurrente del juez García Ramírez en el caso "Barrios Altos", en el que se reconoce que el dictado de una amnistía, bajo ciertas circunstancias, podría resultar conveniente para el restablecimiento de la paz y la apertura de nuevas etapas constructivas, en el marco de "un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda...". Sin embargo "esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad".

28) Que, por otro lado, a partir de lo decidido en el caso citado con relación a los efectos de las

llamadas "leyes de autoamnistía", se advierte que no sería suficiente con la supresión "simbólica" de las leyes de esta naturaleza. Así, la Corte Interamericana no se limitó a declarar la incompatibilidad de las leyes con la Convención, sino que resolvió que las leyes peruanas carecían de efectos y le impuso al estado peruano la obligación de hacer a un lado la cosa juzgada. Visto el caso argentino desde esta perspectiva, se concluye que la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana.

29) Que, por lo demás, la sentencia en el caso "Barrios Altos" no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante. Así, en la sentencia del 3 de septiembre de 2001, al interpretar el alcance de dicho caso, la Corte Interamericana ratificó su decisión anterior y señaló que lo allí resuelto se aplicaba con efecto general a todos los demás casos en que se hubieran aplicado las leyes de amnistía examinadas en aquella oportunidad, y volvió a insistir en que "la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado".

30) Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados. Por lo demás, su concreta relevancia en el derecho interno frente a supuestos similares ya ha sido reconocida por este Tribunal en Fallos: 326:2805 ("Videla, Jorge Rafael"), voto del juez Petracchi; 326:4797 ("Astiz, Alfredo Ignacio"), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni) y, en especial, en la causa A.533.XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros --causa n° 259--", resuelta el 24 de agosto de 2004, voto del juez Petracchi, en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico ex post facto.

31) Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.

32) Que análogas consideraciones son las que han llevado al Congreso Nacional a dictar la ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes en cuestión. El debate parlamentario de dicha ley coincidió con el reconocimiento de jerarquía constitucional a la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad" y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de suprimir todos los efectos de las leyes anuladas. Así, en la Cámara de Diputados se evaluó, expresamente, la circunstancia de que la derogación de las leyes dispuesta en el art. 2, de la ley 24.952 no hubiera producido el efecto deseado, en razón de que no dejó claramente establecida la inaplicabilidad del principio de la ley penal más benigna. Asimismo, la discusión legislativa permite inferir que el sentido principal que se pretendió dar a la

declaración de nulidad de las leyes fue, justamente, el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes y, de este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando. Se trató, fundamentalmente, de facilitar el cumplimiento del deber estatal de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional.

33) Que los alcances de dicha obligación, por otra parte, han sido recientemente examinados por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, según el cual "cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto (...) los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías...".

En el mismo sentido, y en lo que atañe concretamente a nuestro país, las observaciones finales de dicho Comité sobre este tema dirigidas a la Argentina establecen la inadmisibilidad de la situación creada por las leyes 23.492 y 23.521 también frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la insuficiencia de la mera derogación de tales normas: "Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores". Anteriormente, el mismo organismo ya había expresado lo siguiente: "El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado Parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son inconsistentes con los requisitos del Pacto [PIDCP]". Asimismo, manifestó en esa ocasión la preocupación sobre ambas leyes "pues privan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo en violación a los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto [PIDCP]. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición y detención extrajudicial de personas, incluyendo niños".

[...]

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1. Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas . [...] |97|

Además del caso Barrios Altos al que se refiere la Corte Suprema argentina en su sentencia de nulidad de las leyes de impunidad, y en el que la Corte IDH afirma "Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la identificación y el castigo de los responsables (...)" |98|, la reciente sentencia en el caso Almonacid viene a completar su doctrina al respecto cuando los hechos son además constitutivos de crímenes contra la humanidad:

b) Imposibilidad de amnistiar los crímenes de lesa humanidad

105. Según el corpus iuris del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. En el caso Prosecutor v.

Erdemovic el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia indicó que

[l]os crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima.

106. Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones desde 1946 ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, la Asamblea General sostuvo que la "investigación rigurosa" de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, "son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales ". En la segunda Resolución, la Asamblea general afirmó:

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

[...]

Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

107. Igualmente, las Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas , junto con los Estatutos de los Tribunales para exYugoslavia (Artículo 29) y Ruanda (Artículo 28), imponen una obligación a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas de cooperar plenamente con los Tribunales en la investigación y persecución de personas acusadas de haber cometido serias violaciones de Derecho Internacional, incluidos crímenes contra la humanidad. Asimismo, el Secretario General de las Naciones Unidas ha señalado que en vista de las normas y los principios de las Naciones Unidas, los acuerdos de paz aprobados por ella nunca pueden prometer amnistías por crímenes de lesa humanidad.

108. La adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento de las obligaciones señaladas. El Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, afirmó que

[a]unque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario.

109. El Secretario General también informó que no se reconoció efectos jurídicos a la amnistía concedida en Sierra Leona, "dada su ilegalidad con arreglo al derecho internacional". En efecto, el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona dispuso que la amnistía concedida a

personas acusadas de crímenes de lesa humanidad, infracciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II, así como otras infracciones graves del derecho internacional humanitario, "no constituirá un impedimento para [su] procesamiento".

110. La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

111. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana". Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Al respecto, este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.

112. Este Tribunal ya había señalado en el Caso Barrios Altos que

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

113. Resulta útil destacar también que el propio Estado en el presente caso reconoció que en "principio, las leyes de amnistía o auto amnistía son contrarias a las normas de derecho internacional de los derechos humanos".

114. Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía.

c) La vigencia del Decreto Ley No. 2.191 a partir del 21 de agosto de 1990

115. Ya que se ha establecido que el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano es un

crimen de lesa humanidad, y que los crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados, corresponde al Tribunal analizar si el Decreto Ley No. 2.191 amnistía ese crimen y si, de darse ese supuesto, el Estado ha dejado de cumplir su obligación derivada del artículo 2 de la Convención por mantener vigente esa normativa.

116. El artículo 1 del Decreto Ley No. 2.191 (supra párr. 82.10) concede una amnistía general a todos los responsables de "hechos delictuosos" cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. Por su parte, el artículo 3 de ese Decreto Ley excluye de la amnistía una serie de delitos. La Corte nota que el crimen de lesa humanidad de asesinato no figura en el listado del artículo 3 del citado Decreto Ley. Así también lo entendieron las cortes chilenas que conocieron el presente caso, al aplicarlo (supra párr. 82.20 y 82.21). De igual forma, este Tribunal, aún cuando no ha sido llamado a pronunciarse en este caso sobre otros crímenes de lesa humanidad, llama la atención respecto a que tampoco se encuentran excluidos de la amnistía crímenes de lesa humanidad como la desaparición forzada, la tortura, el genocidio, entre otros.

117. Esta Corte ha afirmado en varias oportunidades que

[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente ("principe allant de soi"; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.

118. A la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma.

119. Leyes de amnistía con las características descritas (supra párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.

120. Por otro lado, si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, "es indiferente para estos efectos". En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su ratio legis: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar.

121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido

vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.

122. Por tales razones, la Corte encuentra que el Estado ha incumplido con los deberes impuestos por el artículo 2 de la Convención Americana, por mantener formalmente dentro de su ordenamiento un Decreto Ley contrario a la letra y espíritu de la misma.

d) La aplicación del Decreto Ley No. 2.191

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

126. En el presente caso, el Poder Judicial aplicó el Decreto Ley No. 2.191 (supra párr. 82.20 y 82.21), lo que tuvo como efecto inmediato el cese de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando en la impunidad a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. De acuerdo a lo anterior, se impidió a los familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad.

127. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

128. Por lo tanto, la Corte considera que la aplicación del Decreto Ley No. 2.191 desconoció los deberes impuestos por el artículo 1.1 de la Convención Americana en violación de los derechos de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, de todo lo cual Chile es internacionalmente responsable.

129. El Tribunal, como conclusión de todo lo señalado en esta sección A), considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso.

La sentencia sobre el caso La Cantuta retoma lo ya expresado por la Corte IDH respecto de las leyes de amnistía aprobadas por el Estado peruano y el estado de cumplimiento de los resuelto por este tribunal en el caso Barrio Altos. En la misma sentencia, el Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en su voto particular concurrente, expone respecto de la imposibilidad de amnistiar este tipo de crímenes:

II. Hacia el Fin de las Autoamnistías: La Contribución de la Corte Interamericana al Primado del Derecho.

23. En su Sentencia en el caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros versus Chile, Sentencia del 05.02.2001), esta Corte señaló que el deber general que impone el artículo 2 de la Convención Americana requiere que cada Estado Parte adopte todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, lo que significa que el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención (párr. 87). Siete meses después, la Corte recordó este obiter dictum en su histórica Sentencia en el caso Barrios Altos, atinente al Perú (Interpretación de Sentencia, del 03.09.2001), en relación con el "deber del Estado de suprimir de su ordenamiento jurídico las normas vigentes que impliquen una violación" de la Convención Americana (párr. 17), y agregó:

"La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad

internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía n. 26479 y n. 26492, lo resuelto en la Sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales (...)" (párr. 18).

24. Ya en el caso El Amparo (Reparaciones, Sentencia del 14.09.1996), relativo a Venezuela, sostuve, en mi Voto Disidente, que la propia existencia de una disposición legal de derecho interno puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana, por el riesgo o la amenaza real que su aplicabilidad representa, sin que sea necesario esperar la ocurrencia de un daño (párrs. 2-3 y 6). En el mismo caso El Amparo (Interpretación de Sentencia, Resolución de 16.04.1997 1997), en Voto Disidente posterior, insistí en mi entendimiento en el sentido de que

"Un Estado puede (...) tener su responsabilidad internacional comprometida, a mi modo de ver, por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones convencionales internacionales de protección, o por la no-adequación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas.

(...) El tempus commisi delicti se extendería de modo a cubrir todo el período en que las leyes nacionales permanecieron en conflicto con las obligaciones convencionales internacionales de protección, acarreado la obligación adicional de reparar los sucesivos daños resultantes de tal `situación continuada' durante todo el período en aprecio" (párrs. 22-23).

25. La misma posición volví a sostener en mi Voto Concurrente en el supracitado caso de "La Última Tentación de Cristo" (párrs. 2-40), en el cual ponderé que, dado que el tempus commisi delicti es el de la misma aprobación y promulgación de una ley incompatible con un tratado de derechos humanos, comprometiendo desde entonces la responsabilidad internacional del Estado, las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, necesarias para su armonización con la normativa de dicho tratado, pueden constituir, en el marco de un caso concreto, una forma de reparación no-pecuniaria bajo tal tratado. La Sentencia de la Corte en este caso fue adoptada el día 05 de febrero de 2001.

26. Pocos días después, en un período extraordinario de sesiones de esta Corte realizado en su sede en Costa Rica, se abrió un nuevo capítulo en esta materia. Debido a un apagón en el edificio principal que abriga su antigua sala de deliberaciones, la Corte se trasladó al edificio de su Biblioteca, dónde había luz (de un generador propio), dónde elaboró y adoptó su histórica Sentencia en el caso Barrios Altos (fondo), el día 14 de marzo de 2001. Al momento de su adopción me sentí tomado de emoción, pues era la primera vez, en el Derecho Internacional contemporáneo, que un tribunal internacional (como la Corte Interamericana) determinaba que leyes de amnistía (como las leyes peruanas n. 26479 y 26492) son incompatibles con un tratado de derechos humanos (como la Convención Americana), y carecen de efectos jurídicos (punto resolutivo n. 4).

27. O sea, están viciadas de nulidad, de nulidad ex tunc, de nulidad ab initio, careciendo por lo tanto de todo y cualquier efecto jurídico. La referida Sentencia de Barrios Altos es hoy reconocida, en la bibliografía jurídica especializada en distintos continentes, en los círculos jusinternacionalistas de todo el mundo, como un marco en la historia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En aquella Sentencia, la Corte sostuvo que

- "(...) Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas

por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(...) A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1(1) y 2, todos de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones de derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente" (párrs. 41 y 43).

28. En mi Voto Concurrente en aquella Sentencia de fondo de Barrios Altos, ponderé que

"Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales - indisociables - de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención). Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25).

Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones de jure de los derechos de la persona humana. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (...)

No hay que olvidarse jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. El Estado existe para el ser humano, y no vice versa. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. (...) Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas "leyes" de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad" (párrs. 5-6 y 26).

29. Posteriormente a la Sentencia de fondo, la supracitada Interpretación de Sentencia en el mismo caso Barrios Altos aclaró que lo resuelto por la Corte en cuanto al fondo, dada la naturaleza de violación constituida por las leyes de amnistía n. 26479 y 26492, "tiene efectos generales" (punto resolutorio 2). Así siendo, dichas leyes de autoamnistía no son aplicables (en cualesquiera situaciones que se planteen antes, durante o después de su supuesta "adopción"), simplemente no

son "leyes". Lo aclarado por la Corte ha tenido, desde entonces, un sensible impacto en el ordenamiento jurídico interno no solamente del Estado peruano sino de otros Estados suramericanos. En lo que concierne al Estado demandado en el cas d'espèce, tal como lo aclara la Corte en la presente Sentencia en el caso de La Cantuta,

"la Sentencia dictada en el caso Barrios Altos está plenamente incorporada a nivel normativo interno. (...) Conforman ipso jure parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia.

La incompatibilidad ab initio de las leyes de amnistía con la Convención se ha visto concretada en general en el Perú desde que fue declarada por la Corte en la Sentencia del caso Barrios Altos; es decir, el Estado ha suprimido los efectos que en algún momento pudieron generar esas leyes" (párrs. 186-187).

30. Recientemente, la Corte Interamericana dio un nuevo paso en la evolución de la materia, en la misma línea de la Sentencia de Barrios Altos, en su Sentencia sobre el caso Almonacid Arellano y Otros versus Chile (del 26.09.2006). La Corte declaró que "al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el decreto-ley n. 2191 es incompatible con la Convención Americana, y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado" (punto resolutivo n. 3). Y la Corte determinó que el Estado demandado debe asegurarse que el referido decreto-ley de amnistía, del régimen Pinochet, no siga representando un obstáculo para la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos en el cas d'espèce (puntos resolutivos ns. 5-6).

31. En mi extenso Voto Razonado en el caso Almonacid Arellano y Otros, me permití centrar mis reflexiones en tres puntos básicos, a saber: a) la falta de validez jurídica de las autoamnistías; b) las autoamnistías y la obstrucción y denegación de justicia: la ampliación del contenido material de las prohibiciones del jus cogens; y c) la conceptualización de los crímenes contra la humanidad en la confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional (párrs. 1-28). No es mi intención reiterar aquí las reflexiones que desarrollé en aquel Voto reciente, sino tan sólo referirme a ellas, y extraer de ellas tan sólo la siguiente advertencia que me permití formular en mi Voto Razonado en el caso Almonacid:

"(...) Las autoamnistías no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter genérico de éstas, de la idea del Derecho que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica), y de su búsqueda del bien común. Ni siquiera buscan la organización o reglamentación de las relaciones sociales para la realización del bien común. Todo lo que pretenden es substraer de la justicia determinados hechos, encubrir violaciones graves de derechos, y asegurar la impunidad de algunos. No satisfacen los mínimos requisitos de leyes, todo lo contrario, son aberraciones antijurídicas. (...)

(...) Las autoamnistías son, a mi modo de ver, la propia negación del Derecho. Violan abiertamente principios generales del derecho, como el acceso a la justicia (que en mi concepción pertenece al dominio del jus cogens), la igualdad ante la ley, el derecho al juez natural, entre otros. En algunos casos, han encubierto inclusive crímenes contra la humanidad y actos de genocidio. En la medida en que impiden la realización de la justicia por crímenes de tamaño gravedad, las autoamnistías son violatorias del jus cogens. (...)

En última instancia, las autoamnistías violan los derechos a la verdad y a la justicia, desconocen cruelmente el terrible sufrimiento de las víctimas, obstaculizan el derecho a reparaciones adecuadas. Sus efectos perversos, a mi modo de ver, permean todo el cuerpo social, con la consecuente pérdida de fe en la justicia humana y en los verdaderos valores, y una perversa distorsión de los fines del

Estado. Originalmente creado para la realización del bien común, el Estado pasa a ser un ente que extermina miembros de segmentos de su propia población (el más precioso elemento constitutivo del propio Estado, su substratum humano) ante la más completa impunidad. De un ente creado para la realización del bien común, se transforma en un ente responsable por prácticas verdaderamente criminales, por innegables crímenes de Estado" (párrs. 7, 10 y 21).

32. Las Sentencias de esta Corte en los casos de Barrios Altos (2001), de Almonacid (2006), y de La Cantuta (2006), constituyen una decisiva contribución de este Tribunal hacia el fin de las autoamnistías y hacia el primado del Derecho. Me acuerdo perfectamente que, en la audiencia pública del 29.09.2006 en el presente caso de La Cantuta, realizada en la sede de la Corte en San José de Costa Rica (mi última audiencia pública como Juez Titular de esta Corte), la preocupación común, expresada tanto por la Comisión Interamericana como por la representación de las víctimas y sus familiares, tal como la capté, fue en el sentido de asegurar las debidas reparaciones, entre las cuales la garantía de non-repetición de los hechos lesivos, - aunque sus argumentos al respecto de las leyes de autoamnistía no hayan sido convergentes o coincidentes.

33. La representación de las víctimas y sus familiares (intervenciones de las Sras. Viviana Krsticevic y María Clara Galvis, de CEJIL) sostuvo con firmeza que lo determinado por la Corte en la Sentencia de Barrios Altos ya estaba directamente incorporado al ordenamiento interno peruano, y convalidado por la práctica constante del Poder Judicial peruano desde entonces (excluido el fuero militar, cuyas decisiones están desprovistas de características "jurisdiccionales"). A su vez, el Delegado de la Comisión Interamericana (Comisionado Paolo Carozza), argumentó, con lucidez y acierto, que había que dar por suprimidas (término usado por esta misma Corte en la Sentencia de Barrios Altos) las leyes de amnistía del régimen Fujimori, para dejar claro que estas jamás tuvieran validez a la luz de la Convención Americana, siendo contrarias al jus cogens (cf. infra).

34. A su vez, un igualmente lúcido y sustancial amicus curiae presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL) con sede en Lima, Perú, instó a la Corte a declarar inexistentes las leyes de autoamnistía ns. 26479 y 26492 (págs. 4 y 40), señalando que la jurisprudencia de los tribunales internacionales, entre ellos la Corte Interamericana, tiene efectos inmediatos, aplicación directa, y es vinculante, incorporándose "directamente en el corpus juris peruano" (pág. 30). El referido amicus curiae del IDL agregó que las referidas leyes de autoamnistía "son inexistentes", toda vez que "excedieron el límite intangible (garantía de los derechos humanos" constitucional, y se ubicaron "en un ámbito extrajurídico y extraconstitucional" (pág. 38). El amicus curiae del IDL concluyó juiciosamente que

"hay una práctica reiterada, consistente y uniforme del Ministerio Público y el Poder Judicial peruanos en el sentido de que tales leyes de autoamnistía carecen de efectos jurídicos y no constituyen obstáculo para el inicio de investigaciones, juzgamiento y sanción de violadores de los derechos humanos; se cuenta con un conjunto de decisiones expedidas por el Tribunal Constitucional en el entendido de que, en el ámbito interno y conforme al texto de la Constitución de Perú, son improcedentes los obstáculos procesales que impidan la sanción de las violaciones de los derechos humanos, y que es de aplicación directa, en el orden interno, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...).

Por lo mismo, no es necesario que el Estado peruano adopte alguna medida adicional a las ya asumidas, en el derecho interno, para asegurar de manera efectiva la privación de efectos jurídicos a las leyes de autoamnistía. (...) En el caso particular de las leyes de autoamnistía peruanas, cabe mencionar que, dada su condición de inexistencia, son ineficaces desde su origen (al no haber formado parte del ordenamiento jurídico interno no produjeron efecto legal alguno)" (pág. 39).

35. Los mencionados intervinientes en la audiencia pública ante esta Corte, así como el citado

amicus curiae, expresaron una preocupación común, y un propósito también común, aunque mediante razonamientos con matices distintos. Entiendo que la Corte Interamericana ha atendido a esta preocupación común, y ha contribuido a este propósito también común, al determinar, de forma clarísima, que las referidas "leyes" de autoamnistía "no han podido generar efectos, no los tienen en el presente, ni podrán generarlos en el futuro". Dichas "leyes" de autoamnistía no son verdaderas leyes, sino una aberración jurídica, una afrenta a la *recta ratio*.

I.6. Los responsables de crímenes contra la humanidad han de ser enjuiciados y las comisiones de la verdad no reemplazan el deber de enjuiciar los crímenes contra la humanidad.

La jurisprudencia de la Corte IDH al respecto es abundante. Retomamos nuevamente la sentencia Almonacid, por ser reciente, e incluir las referencias a anteriores sentencias de la Corte que han abordado esta cuestión:

148. La Corte ha establecido con anterioridad que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención [99].

149. La Corte desea resaltar una vez más la importancia que han cumplido las diversas Comisiones chilenas (supra párr. 82.26 a 82.30) en tratar de construir de manera colectiva la verdad de lo ocurrido entre 1973 y 1990. Asimismo, la Corte valora que en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se encuentra mencionado el nombre del señor Almonacid Arellano y se haga un breve resumen de las circunstancias de su ejecución.

150. No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la "verdad histórica" contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. En tal sentido, los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención protegen la verdad en su conjunto, por lo que Chile tiene el deber de investigar judicialmente los hechos referentes a la muerte del señor Almonacid Arellano, atribuir responsabilidades y sancionar a todos quienes resulten partícipes. En el propio informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se concluyó lo siguiente:

Desde el punto de vista estrictamente preventivo, esta Comisión estima que un elemento indispensable para obtener la reconciliación nacional y evitar así la repetición de los hechos acaecidos, sería el ejercicio completo, por parte del Estado, de sus facultades punitivas. Una cabal protección de los derechos humanos sólo es concebible en un real estado de Derecho. Y un Estado de Derecho supone el sometimiento de todos los ciudadanos a la ley y a los tribunales de justicia, lo que envuelve la aplicación de sanciones previstas en la legislación penal, igual para todos, a los transgresores de las normas que cautelan el respeto a los derechos humanos [100].

Y en la sentencia recaída en el caso La Cantuta:

157. De tal manera, respecto de las solicitudes de las representantes y del Estado, es necesario recordar que los hechos han sido calificados por la CVR [Comisión de la Verdad y Reconciliación], órganos judiciales internos y por la representación del Estado ante este Tribunal, como crímenes contra la humanidad y ha sido establecido que fueron perpetradas en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra sectores de la población civil. Consecuentemente, la obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados; más aún pues la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar

a sus responsables han alcanzado carácter de ius cogens. La impunidad de esos hechos no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales -del Estado- y particulares -penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. Por ende, basta reiterar que las investigaciones y procesos abiertos por los hechos de este caso corresponden al Estado, deben ser realizados por todos los medios legales disponibles y culminar o estar orientados a la determinación de toda la verdad y la persecución y, en su caso, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos.

I.7 . Diferencia entre crímenes contra la humanidad y genocidio.

La distinción principal entre genocidio y crímenes contra la humanidad, tanto desde el punto de vista convencional (con base en los tratados) como desde el punto de vista de la jurisprudencia, reside en dos vertientes esenciales de los elementos del tipo y que para el caso del genocidio tienen una configuración específica:

- a) mens rea y,
- b) actus reus

Los requisitos en torno al mens rea y actus reus necesarios para que una conducta concreta pueda subsumirse en el tipo de genocidio, vienen determinados por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del modo siguiente:

Artículo II

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo III

Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio. |101|

El genocidio requiere por tanto, como parte de los elementos del tipo:

- a) Un "mens rea" o elemento intencional específico, es decir, la persona acusada por la perpetración de los actos enumerados en el artículo II ha de haber cometido tales actos, o cualesquiera de ellos, con la intención de destruir total o parcialmente un grupo de los mencionados en ese artículo de la Convención y ello por las mismas características del grupo.

De conformidad con reiterada jurisprudencia del ICTY y del ICTR, este requisito consiste básicamente en que la/s víctima/s no es seleccionada como blanco en virtud de sus cualidades individuales, sino porque pertenece a un grupo. Esta intencionalidad supone un dolus specialis, que

se requiere además de la intencionalidad delictiva o criminal que acompaña al delito subyacente.

Esa intencionalidad especial requiere que el perpetrador "pretendiera claramente el resultado " [102].

Este requisito ha sido analizado por múltiples juristas y tribunales. Por ejemplo, la Sala de Primera Instancia en el caso Rutaganda, explica que "El genocidio se distingue de otros crímenes porque requiere un *dolus specialis*, una intencionalidad específica. La intencionalidad específica de un crimen es la intención específica que, como elemento del crimen, requiere que el perpetrador haya querido claramente el resultado de que se le acusa. El *dolus specialis* del crimen de genocidio estriba en "la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal". Una persona puede ser condenada por genocidio sólo cuando haya quedado demostrado que cometió uno de los actos enumerados en el art. 2.2 del Estatuto con la intencionalidad específica de destruir total o parcialmente a un grupo en concreto " [103]. Ver también Akayesu [104], donde el Tribunal sostuvo que el crimen de genocidio tiene tres componentes principales: i) la intención de destruir un grupo, ii) la intención de destruir un grupo total o parcialmente, y iii) la intención de destruir un grupo que se identifica por: su nacionalidad, raza, etnicidad o religión.

Cuando no pueda demostrarse la intencionalidad, el acto cometido continúa siendo punible, pero no como genocidio. El *mens rea* específico para este tipo requiere que se haya llevado a cabo el *actus reus*, pero vinculado a la intencionalidad o finalidad que va más allá de la mera ejecución del acto.

En este sentido cabe citar también el caso Jelisić, en donde la Sala de Primera Instancia sostuvo "Es de hecho el *mens rea* lo que confiere al genocidio su especialidad y lo distingue de un delito común y de otros crímenes contra el derecho internacional humanitario" [105], y que la intencionalidad específica que caracteriza al genocidio supone que el presunto perpetrador del crimen selecciona a sus víctimas porque son parte de un grupo cuya destrucción pretende. En este sentido, la Sala de Apelaciones, sostuvo en el mismo caso: "La intencionalidad específica requiere que el perpetrador, por medio de uno de los actos prohibidos por el artículo 4 del Estatuto, pretenda conseguir la destrucción, total o parcial, de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cuanto tal . [106]

Como caso claro y reciente, podemos también citar en este sentido la sentencia recaída en el caso Momčilo Krajišnik, ex Presidente de la Asamblea Serbo Bosnia, condenado el 27 de septiembre de 2006 por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia por crímenes contra la humanidad. Este caso constituye un claro ejemplo de lo que se denomina "limpieza étnica"; Momčilo Krajišnik fue en cambio absuelto de genocidio y complicidad en genocidio porque el Tribunal estimó, que si bien se daba el *actus reus*, no pudo acreditarse el *mens rea*. Más adelante expondremos en detalle los argumentos en los que el ICTY basó su veredicto y que tiene que ver además con la participación del acusado en lo que se denomina ya en la doctrina internacional "Joint Criminal Enterprise" o empresa criminal conjunta.

En este sentido, la Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale en Estados Unidos, en su *Amicus Curiae* [107] en apoyo de la calificación por crímenes contra la humanidad efectuada por la sentencia de 19 de abril de 2005 del caso Adolfo Scilingo, explica:

La Convención contra el genocidio y la jurisprudencia internacional requieren no sólo que el objeto de los actos prohibidos sea un grupo permanente o estable, sino además que los perpetradores posean un *mens rea* genocida. Para constituir genocidio, los asesinatos u otros actos prohibidos que se aleguen han de ser "perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso " [108]. Para constituir crímenes contra la humanidad, los actos prohibidos, incluyendo el asesinato de miles de personas, pueden ser perpetrados por diversos

motivos. Para constituir genocidio, en cambio, han de ser cometidos con la intencionalidad de destruir a un grupo tal cual se define por la legislación aplicable al genocidio. |109| En *The Prosecutor v. Zoran Kupreškic*, el TPIY estableció que el genocidio es un crimen:

perpetrado contra personas que pertenecen a un grupo específico y que son consideradas como blanco por esa pertenencia ... [L]o que importa es la intencionalidad de establecer una discriminación: atacar a personas por sus características étnicas, raciales o religiosas ... [E]sa intencionalidad ha de ir acompañada por la intención de destruir, total o parcialmente, al grupo al que las víctimas del genocidio pertenecen . |110|

De igual modo, en *The Prosecutor v. Krstic*, el TPIY reiteró que:

el ataque dirigido contra las víctimas de genocidio ha de serlo por razón de su pertenencia a un grupo. Ésta es la única interpretación coincidente con la intencionalidad que caracteriza el crimen de genocidio. La intención de destruir un grupo como tal, total o parcialmente, presupone que las víctimas fueron seleccionadas por razón de su pertenencia al grupo cuya destrucción se pretende. |111|

Las víctimas de los militares argentinos fueron consideradas como blanco por sus supuestas creencias políticas y porque los militares estimaban que eran "incompatibles con su proyecto político y social " |112| y un peligro para la seguridad del país. No fueron objeto de ataque "por razón de su pertenencia a un grupo", como requiere el estándar de intencionalidad genocida, sino más bien sobre la base de sus supuestos puntos de vista políticos individuales o sus valores sociales. Los responsables de la detención, tortura y asesinato de las víctimas de los militares argentinos no poseían el *mens rea* requerido. Por tanto, estos actos no constituyen genocidio bajo el derecho internacional.

Dado que las víctimas argentinas, si acaso pudiera considerarse que constituían un grupo, no eran un grupo respecto del que los militares argentinos pudieran tener la intencionalidad requerida de destruirlo, los crímenes contra las mismas, incluidos el encarcelamiento, las torturas y los asesinatos, no constituyen genocidio bajo el derecho internacional. En *Krajišnik*, el TPIY consideró que "en cuanto a la intencionalidad, el genocidio requiere prueba de la intencionalidad de cometer el acto subyacente, o *actus reus*, además de la prueba de la intencionalidad específica genocida". |113| Dado que el TPIY "no halló pruebas concluyentes de que cualesquiera actos fueron perpetrados con la intencionalidad de destruir [al] grupo étnico ", |114| absolvió a *Krajišnik* de genocidio y le condenó por crímenes contra la humanidad. |115| Scilingo, en su participación en la campaña criminal de los militares argentinos, no podía tener el *mens rea* necesario, por lo que sus actos criminales no podían constituir genocidio.

Un caso claro de genocidio es, por ejemplo, el programa de exterminio de niños checos, consistente en que en las escuelas se les sometía a un análisis con métodos derivados de las leyes raciales alemanas, para así seleccionar a los que podrían ser miembros de la élite dirigente checa y de esta forma eliminarles. Esto es examinado en detalle por Richard Breitman y Robert Wolfe en su obra "*Case Studies of Genocide* " |116|.

Este programa fue iniciado en septiembre de 1940 por Reinhard Heydrich, jefe de la Reich Security Main Office (RSHA). En enero de 1941 Otto Hofmann, jefe de la SS Race and Settlement Main Office, realiza el estudio de campo y produce las estadísticas de la composición racial de los niños. La práctica totalidad de los niños seleccionados fueron exterminados . |117|

Para una mejor comprensión del tipo penal de cara a la calificación de determinados actos como "genocidio", es necesario tener en cuenta que este tipo penal surge para hacer frente a las

situaciones derivadas de la aplicación de lo que se conoce como doctrina racial. En el caso europeo, la Alemania nacionalsocialista desarrolló e implementó este tipo de doctrina a nivel legislativo y judicial; la misma fue aplicada por tribunales raciales en el Este de Europa, principalmente durante la conocida como Operación Barbarossa, conducida por las unidades móviles de exterminio denominadas Einsatzgruppen. Estas unidades, siguiendo las órdenes de la cadena de mando, llevaron a cabo dos tipos de operaciones: a) operaciones de exterminio de los dirigentes comunistas o judíos integrados en organizaciones sociales y políticas y, b) operaciones raciales donde las órdenes consistían en la eliminación de los eslavos, judíos y demás razas consideradas como untermenchen (subhumanos) y, por lo tanto, "culpables" antes las leyes raciales ya promulgadas y que debían ser eliminados . [118]

Dada la dificultad de aprehensión de este tipo de doctrina racial que existe a más de 70 años de ocurridos los hechos -agudizada por la ignorancia actual acerca de las discusiones jurídicas de aquella época y por la falta de formación específica de jueces, abogados, e incluso de los activistas de derechos humanos-, es bueno tener en cuenta la posición de partida de la teoría nacionalsocialista que no deja lugar a duda alguna.

Para ello, basta con ver lo que dice Walter Darré -dirigente nacionalsocialista de especial importancia en las denominadas doctrinas raciales, nacido en Buenos Aires (Argentina)-, en un documento interno preparado especialmente para la formación de los cuadros del partido nacionalsocialista alemán (NSDAP) y presentado por el Jefe de la División de Adoctrinamiento de dicho partido.

"A las ideas ensombrecidas de 1789, a las ideas de libertad, igualdad y fraternidad que valoran al criminal de la misma manera que al noble, al endiosamiento de la razón irreal y abstracta nosotros oponemos las posibilidades reales de nuestra constitución biopsíquica. Sobre la base de esta Tradición viva, legada concretamente por nuestros antepasados, nos esforzamos por comprender a nuestro Pueblo. Estructuramos este Pueblo de acuerdo a las capacidades y a las realizaciones del individuo, dándole con ello a nuestra sociedad una jerarquización natural y justa. En el concepto de Nación logramos que el Pueblo se comprenda a sí mismo como un todo y llevamos la totalidad sociopolítica del Pueblo a expresarse a través de la estructura del Estado Nacional. Llegamos pues, de esta manera, a la revalorización de todos los valores partiendo del concepto de lo biopsíquico; un proceso que nos ofrece un nuevo conocimiento del valor y de la esencia del Hombre pero que al mismo tiempo nos da una nueva base para construir, mediante el Hombre Nuevo, una nueva cultura y una nueva civilización ". [119]

Es evidente que la intención de Walter Darré es imponer una concepción nueva del derecho donde la igualdad ante la ley se reemplaza por la igualdad de raza. Este principio

del nacionalsocialismo fue complementado por la doctrina de estado excepción y del caudillo como origen del derecho por Carl Smitt que, no por casualidad, está de moda en la doctrina de estado de excepción global emprendida por la Administración Bush.

Es bueno recordar que la cuestión del genocidio es un constructo intelectual debido básicamente a Raphaël Lemkin. Lemkin presentó por primera vez como cuestión nueva para el derecho internacional el tipo de delitos que se presumía serían cometidos a gran escala con la aplicación de las doctrinas raciales nacionalsocialistas, y presentó su formulación en una fecha tan temprana como 1933.

En fecha tan lejana como 1933 el autor del presente trabajo presentó a la V Conferencia Internacional para Unificación del Derecho Penal, celebrada en Madrid en octubre de ese año en cooperación con la V Comisión de la Liga de Naciones, un informe acompañado por varios

borradores de artículos con vistas a que las acciones encaminadas a la destrucción y opresión de las poblaciones (lo que sería la actual concepción de genocidio) fueran penalizadas. El autor formuló dos nuevos crímenes de derecho internacional que habrían de ser incorporados a la legislación penal de los 37 países participantes, a saber, el crimen de barbarie, concebido como aquellas acciones opresoras y destructoras dirigidas contra individuos en cuanto miembros de un grupo nacional, religioso o racial, y el crimen de vandalismo, concebido como la destrucción vandálica de obras artísticas y culturales porque representan las creaciones específicas del 'genio' de esos grupos. Además, de conformidad con este borrador, estos nuevos crímenes habrían de tener el carácter de internacionales de manera tal que el perpetrador debiera ser castigado cuando fuera detenido, ya sea en su propio país, si era ese el lugar de comisión del crimen, o en cualquier otro país signatario, caso de ser detenido en cualquiera de ellos. |120|

Lemkin titula el Capítulo IX de su obra *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*, "Genocidio: un nuevo término y una nueva concepción para la destrucción de las naciones". Comienza el mismo exponiendo lo siguiente:

Las nuevas concepciones requieren nuevos términos. Por "genocidio" nos referimos a la destrucción de una nación o de un grupo étnico. Esta nueva palabra, acuñada por el autor para referirse a una vieja práctica en su desarrollo moderno, viene del vocablo del griego antiguo *genos* (raza, tribu) y del latín *cide* (matanza)...

El genocidio tiene dos fases: una, la destrucción de la identidad nacional del grupo oprimido; la otra, la imposición de la identidad nacional del opresor. Esta imposición, a su vez, puede hacerse sobre la población oprimida a la que le es permitido quedarse, o únicamente sobre el territorio, tras haber expulsado a la población y colonizado la zona con los propios nacionales del opresor. En el pasado, el vocablo empleado para describir la destrucción de una identidad nacional era "desnacionalización". El autor cree, sin embargo, que esta palabra no es la adecuada porque: 1) no connota la destrucción de la estructura biológica; 2) al connotar la destrucción de una identidad nacional, no connota la imposición de la identidad nacional del opresor; y 3) algunos autores emplean la palabra "desnaturalización" para referirse sólo al despojo de la nacionalidad. [...]

El genocidio es la antítesis de la Doctrina Rousseau-Portalís, que puede considerarse como implícita en los Reglamentos de La Haya. Esta doctrina sostiene que la guerra se dirige contra los soberanos y ejércitos, no contra los súbditos y civiles. En su aplicación moderna en las sociedades civilizadas, esta doctrina implica que la guerra se lleva a cabo contra estados y fuerzas armadas y no contra las poblaciones. Fue necesaria una larga evolución en las sociedades civilizadas para que se avanzara desde las guerras de exterminio |121|, que ocurrieron en tiempo antiguos y en la Edad Media, hacia la concepción de la guerra como limitada esencialmente a actividades contra los ejércitos y estados. Sin embargo, en la presente guerra, el genocidio está siendo ampliamente practicado por el ocupante alemán. Alemania no podía aceptar la doctrina Rousseau-Portalís: primero, porque Alemania está llevando a cabo una guerra total; y segundo, porque según la doctrina del nacional socialismo, el factor predominante es la nación y no el estado. Bajo esta concepción alemana, la nación suministra el elemento biológico al estado. Consecuentemente, al poner en práctica un Nuevo Orden, los alemanes prepararon, desataron y continuaron adelante con una guerra no solamente contra los estados y sus ejércitos, si no contra los pueblos. Por tanto, para las autoridades alemanas de ocupación, la guerra parecía ofrecer la ocasión más apropiada para implementar su política de genocidio. Su razonamiento parece ser el siguiente:

La nación enemiga bajo control de Alemania ha de ser destruida, desintegrada, o debilitada en distinto grado durante las décadas venideras. De este modo, el pueblo alemán, en el período de post guerra, podrá tratar con otros pueblos europeos desde la ventaja que le confiere su superioridad biológica. Dado que la imposición de esta política de genocidio es más destructiva para un pueblo

que las heridas sufridas en combate, el pueblo alemán, tras la guerra, será más fuerte que los pueblos sojuzgados, incluso si el ejército alemán es derrotado. Desde esta perspectiva, el genocidio es una nueva técnica de ocupación dirigida a ganar la paz incluso si la guerra en sí misma se pierde.

Con esta finalidad, el ocupante ha elaborado un sistema diseñado para destruir a las naciones siguiendo un plan preparado con antelación. Incluso antes de la guerra, Hitler previó el genocidio como forma de cambiar las interrelaciones biológicas en Europa a favor de Alemania. La concepción que Hitler tenía del genocidio no se basa en características culturales, sino biológicas. Él pensaba que la "germanización sólo podía llevarse a cabo con la tierra y nunca con los hombres". |122|

Es evidente que en la determinación del mens rea es necesario tener en cuenta estos aspectos contextuales al tipo penal para poder calificar el delito de genocidio, dado que de no hacerlo así se está trivializando claramente el tipo de delito derivado de esta clase de doctrinas raciales que sobrepujan principios tales como la igualdad ante la ley, los sistemas jurídicos democráticos de cualquier naturaleza y los principios mismos del derecho tal cual los conocemos en todo el mundo.

b) El grupo ha de ser nacional, étnico, racial, o religioso.

Cuando este tipo de actos está encaminado a la destrucción de un grupo político, conforme al derecho internacional, recae en la categoría directamente de crímenes contra la humanidad, que no requieren la intencionalidad específica propia del genocidio, lo que afecta sin duda a los elementos de prueba de estas conductas y la valoración de la misma a cargo de jueces y magistrados.

Los grupos protegidos por la Convención contra el genocidio, y los estatutos del ICTR, el ICTY y la CPI son los mismos. Los grupos políticos se incluyeron en la definición de crímenes contra la humanidad en el estatuto de Nuremberg, pero no en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio porque, entre otros motivos, este tipo de grupo se consideró que no era lo suficientemente estable a los propósitos de este tipo de crimen.

Ver en este sentido sentencias del ICTY Jelusic (Sala Primera Instancia) 14 de diciembre de 1999; Krstic (Trial Chamber) August 2001; y del ICTR: Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber, December 6, 1999; Akayesu, Trial Chamber 2 September 1998, entre otras.

También en este sentido, la Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale en Estados Unidos, en el Amicus Curiae referido aclara:

Varias instancias han tratado el significado de "grupo" de la definición de genocidio. En George Anderson Nderubumwe Rutaganda v. The Prosecutor, |123| el TPIR reconoció la falta de una definición precisa de "grupo nacional" bajo el derecho internacional en materia de genocidio. Como consecuencia, el Tribunal declaró que a efectos de determinar si se da genocidio, el que un grupo contra el que van dirigidos los actos relevantes sea un grupo nacional ha de ser "evaluado a la luz del contexto concreto político, social y cultural". |124| No obstante, el Tribunal continuó exponiendo que:

... de la lectura de los travaux préparatoires de la Convención contra el genocidio ... ciertos grupos, como los grupos políticos y económicos, han sido excluidos de los grupos protegidos porque son considerados como "grupo móviles" a los que uno se une a través de un compromiso individual, político ... Se supone que la Convención buscaba cubrir a grupos relativamente estables y permanentes. |125|

Los asesinatos, torturas, desapariciones, encarcelamientos arbitrarios, etc, cometidos en Colombia

por agentes del estado, civiles y grupos paramilitares son, por su carácter sistemático y a gran escala crímenes contra la humanidad, y no genocidio, básicamente porque no reúnen el requisito adicional de mens rea o intencionalidad genocida que ha de ser probada para que así fuera.

Como hemos señalado, en realidad el tipo de genocidio se creó para hacer frente a los sistemas penales raciales como los que implantó el nacionalsocialismo a partir de los años 30 e incluso países como Croacia en los años 80.

El TPIY no ha logrado probar este elemento que requiere el tipo ni siquiera en casos de lo que se conoce como "limpieza étnica", por lo que su utilización, especialmente en el caso de persecución por motivos políticos, además de errónea desde el punto de vista jurídico, pues carece de base en tratados y en jurisprudencia, añade un componente de riesgo desde la perspectiva de la lucha contra la impunidad de los responsables de este tipo de conductas, y ello por dos motivos esenciales: a) la persecución por motivos políticos ya está contemplada como crimen contra la humanidad, por lo que no es necesaria, en aras de la persecución penal, la creación de un tipo ex novo a tales efectos, ni la ampliación de otro, pues ya existe el tipo penal en el que se subsumen estas conductas, y que es el de crímenes contra la humanidad y, b) la necesidad, en el caso del genocidio, de la concurrencia de un mens rea específico de este tipo plantea dificultades probatorias, como ha quedado acreditado por la misma práctica del TPIY y el TPIR, y podría desembocar en la impunidad de conductas que son atroces y que atentan contra la conciencia de la humanidad, conductas que rebasan los meros delitos comunes y que revisten la máxima gravedad [126].

II. Responsabilidad penal individual de agentes estatales y miembros de grupos paramilitares por la comisión de crímenes contra la humanidad.

II.1 .- Responsabilidad penal por pertenencia a Empresa Criminal Conjunta.

Los grupos paramilitares constituyen una Empresa criminal Conjunta ("Joint Criminal Enterprise") siguiendo la doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY), u organización criminal en el sentido de Nuremberg, que tiene como finalidad la comisión de actos que son crímenes contra la humanidad y que son imprescriptibles.

La responsabilidad penal por la comisión de crímenes contra la humanidad, en función del caso concreto, podrá determinarse:

1) Por acción directa o indirecta, incluida la pertenencia o participación en Empresa Criminal Conjunta, o

2) Por omisión, por aquiescencia hacia este tipo de conductas, por no impedir, investigar ni castigar este tipo de conductas cuando se está en una posición de autoridad de facto sobre quienes las cometen. Esta posición jerárquica superior afecta tanto a los responsables militares como autoridades civiles.

La responsabilidad penal individual por pertenencia a, o participación en, organización criminal o empresa criminal conjunta que tiene por finalidad la comisión de actos delictivos que son crímenes contra la humanidad, no solamente es predicables respecto de los miembros de grupos paramilitares, sino también respecto de los agentes del Estado - ya se trate de militares, policías o miembros de otras fuerzas de seguridad, incluidos los servicios de inteligencia dependientes de los organismos del estado- y respecto de las autoridades civiles con competencia jurisdiccional en las áreas de comisión de los crímenes, y que por acción u omisión (no haber emprendido acción alguna para evitar su comisión o sancionar como corresponda a los responsables) hayan contribuido o participado de algún modo en la perpetración de tales actos.

II.1.1.- Responsabilidad penal por participación en Empresa Criminal Conjunta y su aplicación por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

El Estatuto del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia establece en su artículo 7 la responsabilidad penal individual por la comisión de, inter alia, crímenes contra la humanidad, del siguiente modo:

Artículo 7

Responsabilidad penal individual

1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto [crímenes de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad], es individualmente responsable de dicho crimen.

3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.

4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia.

El artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda se expresa en los mismo términos.

A su vez, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, establece en su artículo 25.3 sobre Responsabilidad Penal Individual:

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la Tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

Sentencia Krajisnik del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 27 de septiembre de 2006.

Los jueces del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, condenaron el 27 de septiembre de 2006 a Momcilo Krajisnik, ex miembro de la dirigencia serbio bosnia, a 27 años de prisión al

hallarle culpable de los siguientes cargos:

Cargo 3, persecución como crimen contra la humanidad

Cargo 4, exterminio como crimen contra la humanidad

Cargo 5, asesinato como crimen contra la humanidad

Cargo 7, deportación como crimen contra la humanidad

Cargo 8, traslado forzoso como acto inhumano como crimen contra la humanidad

En esta sentencia |127| el TPIY aborda en detalle la doctrina del plan común que el Tribunal ya había perfilado en la sentencia Tadic, extractada a estos efectos más abajo, y abunda en lo que para el TPIY se configura como "Empresa Criminal Conjunta" o "Joint Criminal Enterprise", "JCE" por sus siglas en inglés.

El resumen oficial del fallo tal cual fue leído por la Cámara de Primera Instancia del Tribunal, en lo que se refiere al plan criminal común y la responsabilidad penal del acusado dice así |128|:

Abordaremos a continuación la cuestión de la responsabilidad penal del Sr. Krajisnik por los crímenes enunciados anteriormente. A la luz de los hechos del presente caso, la Cámara estima que el modo más apropiado para establecer la responsabilidad es el de la empresa criminal conjunta. Por tanto, no se han considerados otras formas de responsabilidad contempladas en el acta de acusación.

La Cámara sostiene que la existencia de una empresa criminal conjunta no presupone una planificación preparatoria o un acuerdo explícito entre los participantes en la misma. La Cámara concluye que existía un empresa criminal conjunta a lo largo del territorio de la República Serbo Bosnia. Había un componente medular del grupo, que incluía al Sr. Krajisnik, Radovan Karadzic y a otros líderes serbo bosnios. La base de la empresa criminal conjunta estaba en las regiones y municipalidades de la República Serbo Bosnia, y mantenía estrechos lazos con la dirección de la capital serbo bosnia de Pale. Una empresa criminal conjunta puede existir, y sus miembros pueden ser hallados responsables de los crímenes cometidos en las municipalidades por los perpetradores principales aún cuando puedan no haber compartido el objetivo común de la empresa criminal conjunta. En tales casos, basta con demostrar que sus actos fueron procurados por miembros de la empresa criminal conjunta en la ejecución del objetivo común. La posibilidad de que uno o más de los perpetradores principales no fueran conscientes de la empresa criminal conjunta o de su objetivo no es excluyente con la conclusión de que la empresa criminal conjunta cometió crímenes por el territorio de las municipalidades del acta de acusación a través de tales perpetradores principales.

El objetivo de la empresa criminal conjunta era el de recomponer étnicamente los territorios fijados como objetivo por la dirección serbo-bosnia a través de la reducción drástica de la proporción de musulmanes bosnios y croatas bosnios mediante su expulsión. La Cámara determinó que los crímenes de deportación y traslado forzoso eran los crímenes iniciales de este objetivo común. El Sr. Krajisnik dio el visto bueno para el inicio de programa de expulsión durante una sesión de la Asamblea Serbo Bosnia en la cual hizo un llamamiento, textualmente "a la implementación de lo acordado, la división étnica sobre el terreno".

Los medios criminales al servicio de un objetivo criminal común pueden ampliarse cuando los miembros a la cabeza de la empresa criminal conjunta son informados de nuevos tipos de crímenes cometidos en ejecución del objetivo y no adoptan las medidas necesarias para impedir la repetición de tales crímenes, y cuando persisten en la implementación del objetivo común. En este caso, se ha demostrado que los miembros de la empresa criminal conjunta han pretendido la ampliación de los medios, puesto que la implementación del objetivo común ya no puede considerarse limitada a la comisión de los crímenes iniciales.

Si bien en los primeros momentos de la empresa criminal conjunta en la que el Sr. Krajisnik

participó, el objetivo común pudo estar limitado a los crímenes de deportación y traslado forzoso, las pruebas demuestran que los medios criminales de la empresa crecieron muy pronto y pasaron a incluir otros crímenes de persecución, así como asesinato y exterminio. Este conjunto ampliado de crímenes, como se detalla en la sentencia, vinieron a redefinir los medios criminales mediante los cuales el objetivo común de la empresa criminal conjunta sería alcanzado durante el período de tiempo previsto en el acta de acusación.

Las pruebas no demuestran, en ningún momento del periodo contemplado en el acta de acusación, que el crimen de genocidio formara parte del objetivo criminal común de la empresa criminal conjunta en la que la evidencia revela que el Sr. Krajisnik participó, ni tampoco que el Sr. Krajisnik tuviera la intencionalidad específica necesaria para [poder calificar los crímenes como] genocidio. Tampoco las pruebas permiten sostener la conclusión de que el Sr. Krajisnik fue cómplice de genocidio.

La Cámara considera que la contribución global del Sr. Krajisnik a la empresa criminal conjunta consistía en ayudar a establecer y perpetuar las estructuras estatales y del partido SDS que eran instrumentales a la comisión de los crímenes. También desplegó sus habilidades políticas tanto a nivel local como internacional para facilitar la implementación del objetivo común de la empresa criminal conjunta a través de los crímenes previstos en ese objetivo. El Sr. Krajisnik conocía de, y pretendía, la detención masiva y la expulsión de civiles. Tenía poder para intervenir, pero no le incumbían las dificultades de las personas detenidas y expulsadas. El Sr. Krajisnik quería que a las poblaciones musulmana y croata se las sacara en gran número fuera de los territorios serbo bosnios, y aceptó que era necesario un alto costo de sufrimiento, muerte y destrucción para conseguir la dominación serbia y un estado viable.

Por lo tanto, la Cámara concluye que el Sr. Krajisnik es culpable de los crímenes más arriba mencionados a través de su participación en una empresa criminal conjunta.

Para este caso, la Cámara de Primera Instancia estuvo conformada por los siguientes magistrados: Juez Alphons Orié (Magistrado Presidente), juez Claude Hanoteau y el juez ad litem de origen español Joaquín Martín Canivell, magistrado de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo español.

Los párrafos 1078 a 1126 de la sentencia dictada en el caso *Prosecutor v. Momcilo Krajišnik* contienen las conclusiones del Tribunal acerca de la responsabilidad del acusado por su pertenencia a Empresa Criminal Conjunta. Hemos incorporado los mismos, en su versión original en inglés, en el Anexo A al presente documento.

Caso Tadic

La sentencia de la Sala de Apelaciones del TPIY en el Caso Tadic, sentencia de 15 de julio de 1999, sistematizó lo que hasta ese momento se denominaba doctrina del "Plan Común Criminal", haciendo un recorrido histórico, sobre todo en cuanto a las fuentes jurisprudenciales, así como una explicación de la aplicación de la figura a la luz del *mens rea* o elemento intencional.

A continuación se transcriben los párrafos relevantes de dicha sentencia con sus correspondientes notas marginales y comentarios.

"2. La responsabilidad penal individual del acusado.

(a) El artículo 7(1) del Estatuto y el concepto de Plan Común.

185. Surge pues la cuestión de si bajo el derecho penal internacional se puede establecer la responsabilidad penal del acusado por el asesinato de 5 hombres en Jaskici aunque no exista evidencia de que éstos hayan sido asesinados por el acusado personalmente. Las dos cuestiones centrales son:

(i) si los actos de una persona pueden dar lugar a la culpabilidad penal de otra en aquellos casos en que ambas participan en la ejecución de un plan criminal común; y

(ii) qué grado de mens rea se requiere en tales casos.

186. La asunción básica debe venir dada por el hecho de que en derecho internacional, al igual que en los sistemas nacionales, la responsabilidad penal se basa en el principio de culpabilidad personal: nadie puede ser tenido por penalmente responsable de actos o transacciones en los que no se ha involucrado personalmente o participado de ningún otro modo (*nulla poena sine culpa*). En los ordenamientos jurídicos nacionales este principio aparece recogido en las constituciones, en las leyes o en las decisiones judiciales. En derecho penal internacional este principio se prevé, entre otros, en el artículo 7(1) del estatuto del Tribunal Internacional, que establece:

Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen. (El énfasis es nuestro).

Esta disposición se halla muy bien explicada en el Informe del Secretario-General sobre el establecimiento del Tribunal Internacional, en donde se afirma lo siguiente:

Un importante elemento en relación con la competencia *ratione personae* (jurisdicción personal) del Tribunal Internacional es el principio de la responsabilidad penal individual. Como se ha señalado más arriba, el Consejo de Seguridad ha reafirmado en una serie de resoluciones que las personas que han cometido graves violaciones del derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia son individualmente responsables de tales violaciones. [129]

El artículo 7(1) también determina los parámetros de la responsabilidad penal individual a la luz del Estatuto. Cualquier acto que recaiga bajo una de las cinco categorías contenidas en la disposición, puede entrañar la responsabilidad penal del perpetrador o quienquiera que hubiere participado en el crimen bajo una de las formas explicitadas en la misma disposición del Estatuto.

187. Teniendo en cuenta las disposiciones generales precedentes, ha de determinarse si la responsabilidad individual por participación en un objetivo criminal común recae bajo el ámbito del artículo 7(1) del Estatuto.

188. Esta disposición cubre, ante todo, la perpetración material de un crimen por parte del propio infractor, o la omisión culpable de un acto cuya imperatividad deriva de una regla de derecho penal. Sin embargo, la comisión de uno de los crímenes previstos en los artículos 2, 3, 4 ó 5 del Estatuto puede también producirse mediante la participación en la realización del plan o finalidad común.

189. Una interpretación del Estatuto basada en su objetivo y finalidad conduce a la conclusión de que el Estatuto pretende extender la jurisdicción del Tribunal Internacional a todos aquéllos "responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario" cometidas en la antigua Yugoslavia (artículo 1). Como se desprende de la redacción del artículo 7(1) y de las disposiciones que establecen los crímenes sobre los que el Tribunal Internacional tiene competencia (artículos 2 a 5), tal responsabilidad por graves violaciones del derecho internacional humanitario no se restringe exclusivamente a quienes de hecho llevan a cabo el *actus reus* de los crímenes enumerados, sino

que se extiende también a otros transgresores (ver concretamente el artículo 2, que se refiere a la comisión o a ordenar la comisión de infracciones graves a las convenciones de Ginebra, así como el artículo 4, que establece varios tipos de delitos en relación con el genocidio, incluyendo la conspiración, la instigación, la tentativa y la complicidad).

190. Ha de resaltarse que esta noción ha sido explicada en forma clara por el Secretario General en su Informe, según el cual:

El Secretario General considera que todas las personas que participan en la planificación, preparación o ejecución de graves violaciones del derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia son individualmente responsables de tales violaciones. [130]

Por lo tanto, todos aquéllos involucrados en graves violaciones del derecho internacional humanitario, al margen de la forma en la que puedan haber perpetrado, o participado en la perpetración, de tales violaciones, han de ser puestos a disposición de la justicia. Si esto es así, es adecuado concluir que el Estatuto no se limita a otorgar jurisdicción sobre aquellas personas que planifican, instigan, ordenan, perpetran físicamente un crimen o ayudan a/y alientan su planificación, preparación o ejecución. El Estatuto no se detiene ahí. No excluye las formas de participación en la comisión de los crímenes que tienen lugar cuando varias personas que comparten una finalidad común se embarcan en una actividad criminal que es después llevada a cabo, bien conjuntamente, bien por sólo algunos miembros de esta pluralidad de personas. Cualquiera que contribuya a la comisión de crímenes por parte del grupo de personas o de algunos miembros del grupo, en ejecución de una finalidad criminal común, pueden ser responsables penalmente en caso de darse las condiciones que se especifican más abajo.

191. La interpretación anterior no viene dictada únicamente por el objeto y finalidad del Estatuto, sino que es una exigencia de la misma naturaleza de muchos crímenes internacionales, los cuales se cometen casi siempre en tiempos de guerra. En la mayoría de las ocasiones estos crímenes no tienen su origen en la tendencia criminal de determinadas personas consideradas individualmente, sino que constituyen manifestaciones de una criminalidad colectiva: estos crímenes son muy a menudo ejecutados por grupos de individuos movidos por la consecución de un plan criminal común. Si bien puede que sólo algunos miembros del grupo perpetren físicamente el acto criminal (asesinato, exterminio, destrucción indiscriminada de ciudades, pueblos o aldeas, etc.), la participación y contribución de los restantes miembros del grupo es con frecuencia crucial para facilitar la comisión del crimen en cuestión, de donde se desprende que el reproche moral de tal participación no suele ser menor -o al menos no diferente- que el que merecen quienes de hecho han llevado a cabo los actos en cuestión.

192. Bajo estas circunstancias, tener por única responsable penal a la persona que realizó materialmente la acción criminal, supondría dejar de lado el papel de coperpetradores de todos aquéllos que de alguna manera hicieron posible que el perpetrador pudiera llevar a cabo físicamente el acto criminal. Al mismo tiempo, y dependiendo de las circunstancias, hacer responsables a éstos últimos únicamente como cómplices o encubridores puede suponer una infraestimación del grado de su responsabilidad penal.

193. Esta interpretación, basada en el Estatuto y las características inherentes de muchos de los crímenes cometidos en tiempos de guerra, refuerza la conclusión de que la responsabilidad penal internacional abarca acciones perpetradas por una colectividad de personas en seguimiento de un plan criminal común. Ha de destacarse igualmente que -tal y como se mencionará más abajo- las reglas penales internacionales sobre la finalidad común encuentran substancialmente su raíz en, y reflejan en gran medida, la posición adoptada por muchos Estados del mundo en sus ordenamientos jurídicos internos.

194. No obstante, el Estatuto del Tribunal no especifica (ni implícita ni explícitamente) los elementos objetivos y subjetivos (actus reus y mens rea) de esta categoría de criminalidad colectiva. Para identificar estos elementos debemos echar mano del derecho internacional consuetudinario. Las normas consuetudinarias en esta materia pueden discernirse sobre la base de varios elementos: principalmente la jurisprudencia y algunas pocas instancias de legislación internacional.

195. Muchos de los casos que siguieron a la II Guerra Mundial relativos a crímenes de guerra estaban inspirados por el principio de que cuando dos o más personas actúan conjuntamente en persecución de una finalidad criminal común, los delitos perpetrados por cualquiera de ellas pueden conllevar la responsabilidad penal de todos los miembros del grupo. Un repaso detallado de la jurisprudencia relevante muestra que, en términos generales, la noción de finalidad común entraña tres categorías diferenciadas de criminalidad colectiva.

196. La primera de esas categorías viene representada por los casos en que todos los coacusados, actuando en persecución de un plan común, poseen la misma intencionalidad delictiva; por ejemplo, la formulación de un plan entre los coperpetradores para asesinar, en donde, a la hora de llevar a la práctica este plan común (e incluso si cada uno de los coperpetradores desempeña una función diferente dentro del plan), sin embargo, todos poseen la intención de matar. Los requisitos previos, tanto objetivos como subjetivos, para imputar la responsabilidad penal a un participante que no ha efectuado, o no puede probarse que haya efectuado, el asesinato, son los siguientes: (i) el acusado ha de haber participado voluntariamente en algún aspecto del plan común (por ejemplo, infligiendo violencia sin resultado de muerte sobre la víctima, suministrando ayuda material o facilitando las actividades de sus coperpetradores); y (ii) el acusado, incluso si no ha intervenido personalmente en la realización del asesinato, debe no obstante pretender su resultado.

197. Con respecto a esta categoría, es de obligada referencia el caso *Georg Otto Sandrock et al.* (también conocido como el juicio *Almelo*). [131] En este caso, un tribunal británico halló culpables a tres alemanes que habían asesinado a un prisionero de guerra británico bajo la doctrina de la "empresa común". Resultaba claro que todos ellos habían tenido la intención de asesinar al soldado británico, si bien cada cual jugó un papel diferente. Por tanto, todos ellos eran coperpetradores del crimen de asesinato. [132] Igualmente, en el caso *Hoelzer et al.*, sustanciado ante un tribunal militar canadiense, en su exposición final el Juez Auditor Militar [133] habló de una "empresa común" respecto del asesinato de un prisionero de guerra canadiense a manos de tres alemanes, y enfatizó que los tres sabían que la finalidad de llevar al canadiense a una zona concreta era la de asesinarle. [134]

198. Otra instancia de aplicación de coautoría de esta naturaleza viene dada por el caso *Jepsen y otros*. [135] Un tribunal británico tenía que pronunciarse sobre la responsabilidad de *Jepsen* (uno de varios acusados) por las muertes de internos en campos de concentración durante las semanas anteriores a la capitulación de Alemania en 1945 y mientras estaban de tránsito hacia otro campo de concentración. En este sentido, el Fiscal alegó (y esto no fue rebatido por el Juez Auditor Militar) que:

[S]i *Jepsen* se unió a esta carnicería de unas ochenta personas de manera voluntaria, ayudando a los demás cumpliendo con su parte en las matanzas, las ochenta y tantas muertes pueden achacársele a él y a cada uno de los hombres que de alguna manera contribuyeron al acto. [136]

En línea similar, el Juez Auditor Militar señaló en *Schonfeld* que:

si varias personas se ponen de acuerdo para conseguir una finalidad ilegal, o una finalidad legal cuya consecución requiera de medios ilegales, y una de ellas, a la hora de poner en práctica ese

propósito, mata a un hombre, esta muerte recaerá sobre todos los presentes [...], dado que la muerte ha sido causada por un miembro del grupo en el transcurso de sus actividades para llevar a la práctica el objetivo común de la asamblea . |137|

199. Ha de señalarse que en algunos casos se vincula ampliamente la noción de finalidad común con la de causación. En este sentido puede mencionarse el caso Ponzano |138|, que versó sobre el asesinato de cuatro prisioneros de guerra británicos en violación de las leyes de la guerra. En este caso, el Juez adoptó la línea argumentativa propuesta por el Fiscal |139|, y enfatizó lo siguiente:

[...] el requisito de que un acusado, antes de ser hallado culpable ha debido estar involucrado en el crimen. [E] star involucrado en la comisión de un acto criminal [...] no quiere decir necesariamente que esa persona sea la que de hecho haya infligido la herida fatal causante directa de la muerte, ya sea mediante un disparo o cualquier otro medio violento; también abarca un grado indirecto de participación [...]. [E] n otras palabras, esa persona ha de ser un eslabón en la rueda de sucesos que conducen al resultado que de hecho tuvo lugar. Puede perseguir tal objetivo no solamente ordenando la comisión de un acto criminal, sino también a través de una variedad de medios . |140|

Es más, el Juez Auditor Militar mantuvo que si bien la implicación en los actos criminales debe ser un eslabón de la cadena de causación, no es necesario que su participación tenga el carácter de sine qua non, o que el crimen no hubiera tenido lugar sin su participación. |141| Sin embargo, en consonancia con los mismos requerimientos de la responsabilidad penal bajo esta categoría, el Juez Auditor Militar resaltó la necesidad de conocimiento por parte del acusado en lo que atañe a la finalidad pretendida de la empresa criminal. |142|

200. Finalmente, otro caso digno de mención en relación con esta primera categoría, es el caso de los Einsatzgruppen . |143| En lo que hace al plan común, un Tribunal de los Estados Unidos en Nuremberg señaló que:

ha de quedar bien claro el principio elemental de que ni bajo la Ley 10 del Consejo de Control ni bajo ningún sistema conocido de derecho penal la culpabilidad por asesinato se limita al hombre que apretó al gatillo o entierra el cadáver. En consonancia con los principios comúnmente reconocidos por todos los sistemas jurídicos civilizados, el parágrafo 2 del Artículo II de la Ley 10 del Consejo de Control especifica una serie de tipos en conexión con el crimen y que son suficientes para dar lugar a la culpabilidad. De este modo, no sólo los autores principales son culpables, sino también los accesorios, es decir, aquéllos que consintieron a la comisión del crimen o que están relacionados con planes o actuaciones involucradas en su comisión, aquéllos que ordenan o encubren el crimen y aquéllos que pertenecen a una organización o grupo implicados en la comisión del crimen. Estas disposiciones no entrañan ni nuevos ni radicales principios de responsabilidad criminal. [...].

El Tribunal continuó:

Aunque estos hombres [Radetsky, Ruehl, Schubert y Graf] no estaban al mando, no pueden obviar el hecho de que eran miembros de unidades de los Einsatz cuya misión expresa, bien conocida de todos sus miembros, era la implementación de una programa de asesinato a gran escala. Todo miembro que coadyuvara a hacer posible el funcionamiento de estas unidades, a sabiendas de lo que estaba tramándose, es culpable de los crímenes cometidos por la unidad. El cocinero en la galera de un buque pirata no escapa al peligro de las vergas por el mero hecho de que él, personalmente, no esgrima un sable. El hombre que se queda en la puerta de un banco y vigila los alrededores puede parecer el más pacífico de los ciudadanos, pero si su objetivo es advertir a sus compañeros de robo que están dentro del banco de que la policía se acerca, su culpabilidad está lo suficientemente establecida. Y si asumimos, a efectos de la argumentación, que los acusados como Schubert y Graf

han conseguido establecer que su papel fue auxiliador únicamente, no están éstos en mejor posición que el cocinero o el vigilante de los ladrones . |144|

En esta línea, el tribunal también entró en la aseveración de que ciertos mandos no participaron directamente en los crímenes cometidos, señalando que:

"[c]on respecto a los acusados Jost y Naumann, [...] es [...] altamente probable que estos acusados no participaran personalmente, al menos con mucha frecuencia, en las ejecuciones. De hecho sería extraño que en su caso hubiera sido de otro modo, pues ellos tenían autoridad. Lejos de servirles de defensa o de contribuir a la atenuación de la pena, el hecho de que estos acusados no dispararan personalmente a un gran número de personas, sino que más bien se dedicaron a dirigir las operaciones globales de los Einsatzgruppen, tan sólo viene a demostrar su responsabilidad aún mayor por los crímenes cometidos por los hombres bajo su mando . |145|

201. Ha de advertirse que en muchos de los juicios posteriores a la II Guerra Mundial que se sustanciaron en otros países, los tribunales adoptaron el mismo punto de vista respecto de los crímenes en que se ha dado la participación de dos o más personas en diferente grado. Sin embargo, no se basaron en la noción de finalidad o plan común, optando por el concepto de coperpetración o coautoría. Esto sucedió en varios casos en Italia y Alemania.

202. La segunda categoría de casos es en muchos aspectos similar a la expuesta más arriba, y comprende los llamados casos de los "campos de concentración". La noción de la finalidad común se aplicó a situaciones en que los crímenes que se imputaban habían sido cometidos por miembros de unidades militares o administrativas como las que se encargaban de los campos de concentración, es decir, por grupos de personas que actuaban movidas por un plan concertado. Entre los casos ilustrativos de esta categoría está el del Campo de Concentración de Dachau |146|, sustanciado ante un tribunal de los Estados Unidos habilitado para tales efectos en Alemania y el caso Belsen |147|, conducido por un tribunal militar británico en Alemania. En estos casos los acusados ostentaban una posición de autoridad dentro de la jerarquía de los campos de concentración. En términos generales, los cargos en su contra consistían en que habían actuado en aras de un plan común para asesinar o maltratar prisioneros y por consiguiente, para cometer crímenes de guerra: "Parece, por lo tanto, que lo que marcaba todo el caso, como una amenaza, era lo siguiente: que en el campo se dio un sistema general de tratos inhumanos y asesinatos contra los internos (la mayoría eran nacionales aliados) y que este sistema fue implementado con conocimiento de los acusados, que eran miembros del personal, y con su participación activa. El tribunal mantiene en este caso que tal curso de conducta equivale a 'actuar en persecución de un plan común para violar las leyes y usos de la guerra'. Todos lo que de algún modo participaron en ese plan común fueron hallados culpables de un crimen de guerra, si bien la naturaleza y el alcance de tal participación podían variar " |148|.

En su resumen del caso Belsen, el Juez Auditor Militar adoptó los tres requerimientos identificados por el Fiscal como necesarios para establecer la culpabilidad en cada caso: (i) la existencia de un sistema organizado para maltratar a los detenidos y cometer varios de los crímenes que se alegan; (ii) la conciencia del acusado de la naturaleza del sistema; y (iii) el hecho de que el acusado, de alguna manera, participó activamente en el fortalecimiento del sistema, esto es, animó, ayudó y encubrió, o, en todo caso, participó, en la realización del plan criminal común. [El Juez resumió la argumentación jurídica del Fiscal, aprobándola, del siguiente modo:

Para la Fiscalía, todos los acusados empleados en Auschwitz sabían que existía un sistema y un curso de conducta, y que, de uno u otro modo, en aras de un acuerdo común para llevar el campo de manera brutal, toda esa gente estaba participando de ese curso de conducta. Pidieron al tribunal que no tratara los actos individuales que pudieran probarse como meros crímenes cometidos por ellos,

sino también como pruebas claramente indicativas de que el acusado en concreto estaba actuando voluntariamente como componente en aras del sistema. Propusieron que si el tribunal estaba de acuerdo en que su actuación era la mencionada, todos y cada uno de ellos deben asumir la responsabilidad de lo ocurrido [149].]

Las condenas de varios de los acusados [especialmente Kramer] se basaron explícitamente en este criterio.

203. Esta categoría de casos (...) es en realidad una variante de la primera considerada más arriba. Los acusados, cuando eran hallados culpables, eran vistos como coperpetradores del crimen de trato cruel e inhumano debido a su "posición de autoridad" objetiva en el seno del sistema del campo de concentración y porque tenían el "poder para velar por los internos y hacerles satisfactoria su vida" [150], pero no obraron así. Parece que en estos casos el *actus reus* que se requiere es la participación activa en el reforzamiento del sistema de represión, como puede inferirse de la posición de autoridad y las funciones específicas detentadas por cada acusado. El elemento de la *mens rea* comprendería: (i) conocimiento de la naturaleza del sistema y (ii) la intencionalidad de perseguir el plan común concertado para dispensar trato cruel a los internos. Es importante señalar que, en estos casos, la intencionalidad requerida puede ser inferida también de la posición de autoridad detentada por el personal del campo. De hecho, es apenas necesario probar el elemento de intencionalidad en los casos en que el alto rango o la autoridad del individuo en cuestión indican, por sí solos, el conocimiento del plan común y la intencionalidad de participar en el mismo. Todos los condenados fueron hallados culpables del crimen de guerra de tratos crueles, si bien las penas variaron, como es lógico, en función del grado de participación de cada uno de los acusados en la comisión de ese crimen de guerra.

204. La tercera categoría se refiere a los casos en los que existe un plan común para ejecutar un determinado curso de conducta en donde uno de los perpetradores comete un acto que, si bien está fuera del plan común, es sin embargo una consecuencia natural y previsible de la puesta en práctica de esa finalidad común. Un ejemplo de este tipo de casos lo constituye la intención común y compartida por parte de un grupo de trasladar forzosamente a los miembros de una etnia de su ciudad, pueblo o región (implementación de "limpieza étnica") con la consecuencia de que, en el transcurso de esta acción, una o más víctimas son disparadas y asesinadas. Si bien el asesinato puede no haber sido reconocido explícitamente como parte del plan común, era sin embargo previsible que el traslado forzoso de civiles a punta de pistola pudiera bien resultar en las muertes de uno o más de esos civiles. La responsabilidad penal puede entonces ser imputada a todos los participantes en la empresa común allí donde el riesgo de muerte era tanto una consecuencia previsible de la ejecución del plan común y el acusado incurrió en imprudencia o en indiferencia respecto de ese riesgo. Otro ejemplo sería el de un plan común para llevar a cabo la evicción forzosa de civiles pertenecientes a un grupo étnico concreto mediante el incendio de sus viviendas; si algunos de los participantes en el plan, a la hora de implementarlo, asesina civiles al incendiar sus casas, los restantes participantes en el plan son penalmente responsables de estos asesinatos si estas muertes eran previsibles.

205. La jurisprudencia en esta categoría ha versado, en primer lugar, sobre casos de violencia de bandas, esto es, situaciones de desorden en donde una pluralidad de delincuentes actúan movidos por una finalidad común, en donde cada uno de ellos cometen crímenes contra la víctima, pero en donde se desconoce o es imposible dilucidar exactamente qué actos fueron ejecutados por cada perpetrador, o cuando el vínculo causal entre cada uno de los actos y el eventual daño causado a las víctimas es igualmente indeterminado. Esta categoría la ilustran casos como los de Essen Lynching y la Isla de Borkum.

206. Tal y como se explicará con mayor detalle seguidamente, los requisitos establecidos en estos

casos son: el de la intencionalidad criminal de participar en un plan común criminal y la previsión de que es probable que otros participantes en ese plan común cometan actos criminales adicionales a los contemplados en el plan común criminal.

207. El caso del Linchamiento de Essen (también conocido como Essen West) fue sustanciado ante un tribunal militar británico, si bien, tal y como declaró el tribunal, "no se trataba de un juicio bajo el derecho británico" |151|. Dada la importancia del caso, merece la pena revisarlo. Tres prisioneros de guerra británicos habían sido linchados por un grupo de alemanes en el pueblo de Essen-West el 13 de diciembre de 1944. Siete personas (dos soldados y cinco civiles) fueron acusadas de haber cometido un crimen de guerra al estar involucradas en el asesinato de tres prisioneros de guerra. Entre ellos había un capitán alemán, Heyer, que había colocado a los tres pilotos británicos bajo la escolta de un soldado alemán que debía trasladar a los prisioneros a una unidad de la Luftwaffe para su interrogatorio. Al tiempo que la escolta con los prisioneros abandonaba el lugar, el capitán había ordenado a la escolta que no debía interferir si los prisioneros llegaban a ser molestados por civiles alemanes, añadiendo que debían ser disparados y que lo serían. Esta orden le fue dada a la escolta en voz alta desde las escaleras del cuartel, de modo que la muchedumbre, que estaba allí concentrada, pudiera oír y saber exactamente lo que ocurriría. Según el sumario proporcionado por la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas:

[c]uando los prisioneros de guerra fueron conducidos a través de una de las principales calles de Essen, la muchedumbre en torno a ellos fue creciendo, y comenzó a golpearles y a arrojárles palos y piedras. Un cabo alemán disparó con un revólver a uno de los pilotos, hiriéndole en la cabeza. Cuando llegaron al puente, los pilotos fueron arrojados por el mismo; uno de los pilotos murió a consecuencia de la caída; los otros estaban aún con vida cuando cayeron, pero fueron asesinados por los disparos efectuados desde el puente y por los miembros de la multitud que les golpearon y patearon hasta que murieron |152|.

208. La defensa puso énfasis en la necesidad de probar que cada uno de los acusados tenía la intención de matar. La Fiscalía adoptó el punto de vista contrario. El Fiscal, el Mayor Tayleur, declaró lo siguiente:

Mi amigo [el abogado de la defensa] les ha hablado sobre la intencionalidad que es necesaria y afirma que no se ha presentado ante Vds. prueba alguna de la intención de matar. En mi presentación he introducido pruebas considerables de la intencionalidad de matar. Si uno prueba la intencionalidad de matar, prueba el asesinato; pero puede haber un asesinato ilegal, que sería homicidio, sin mediar en cambio la intención de matar, sino simplemente la ejecución de un acto ilegal de violencia. Una persona puede abofetear a otra sin pretender en absoluto matarla, pero si por alguna desafortunada circunstancia, por ejemplo, que esa persona tuviera un cráneo débil, ésta llegara a morir, mantengo que la persona que propinó el golpe sería culpable de homicidio e incurriría en un asesinato tal que recaería bajo las palabras del cargo que debatimos. Por lo tanto, con lo que Vd. debería estar satisfecho - y la carga de la prueba recae por supuesto sobre la Fiscalía - es con que todos y cada uno de los acusados, antes de que sean condenados, estaban involucrados en el asesinato de estos tres pilotos no identificados en circunstancias tales que bajo el derecho británico habrían constituido bien asesinato, bien homicidio |153|.

El Fiscal prosiguió añadiendo:

lo que la Fiscalía afirma es que cada una de las personas que, siguiendo la incitación hecha a la muchedumbre de matar a estos hombres, voluntariamente actuó de manera agresiva contra cualquiera de estos tres pilotos, es culpable en la medida en que tuvo que ver en el asesinato. Es imposible establecer la separación entre cada una de estas personas, todas ellas dieron lugar a lo que se conoce como linchamiento. Sostengo que desde el momento en que dejaron el cuartel esos

hombres estaban sentenciados y la muchedumbre sabía que lo estaban, y cada persona de esa muchedumbre que les propinó algún golpe es responsable tanto moral como penalmente de las muertes de esos tres hombres |154|.

Dado que Heyer fue condenado puede decirse que el tribunal asumió los argumentos de la Fiscalía en lo que hace a la responsabilidad penal de este acusado (para este caso no se había designado ningún Juez Auditor Militar. En lo que se refiere al soldado que escoltaba a los pilotos, estaba en el deber, no sólo de impedir que los prisioneros escapasen, sino también de . atar que no fueran molestados; se le condenó a cinco años de cárcel (a pesar de que la Fiscalía sugiriera que no era responsable penalmente). Según el informe de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, tres civiles "fueron hallados culpables [de asesinato] porque cada uno de ellos habían tomado parte, de una u otra manera, en el trato inhumano que eventualmente conduciría a la muerte de las víctimas, aunque contra ninguno de los acusados se había probado de manera exacta que, individualmente, hubieran disparado o propinado los golpes causantes de la muerte" |155|.

209. Parecería justificado inferir de los argumentos de las partes y del veredicto que el tribunal se aferró a la noción de que todos los acusados que fueron hallados culpables participaron, en diverso grado, en el asesinato; no todos ellos pretendían el resultado de muerte pero todos pretendieron participar en el trato cruel e ilegal dispensado a los prisioneros de guerra. No obstante, todos ellos fueron hallados culpables de asesinato ya que todos ellos "tuvieron que ver en el asesinato". Por lo tanto, parece justificado inferir que el tribunal defendió el argumento de que las personas condenadas que simplemente propinaron un golpe o incondicionalmente incitaron el asesinato podrían haber previsto que otras matarían a los prisioneros; por ende, estas personas fueron también halladas culpables de asesinato |156|.

210. Una postura similar fue la mantenida por un tribunal militar de los Estados Unidos en el caso Kurt Goebell et al. (también conocido como el caso de la Isla de Borkum). El 4 de agosto de 1944, una Fortaleza Volante de los Estados Unidos fue obligada a aterrizar en la isla alemana de Borkum. Los siete miembros de su tripulación fueron hechos prisioneros y después obligados a marchar, bajo custodia militar, por las calles de Borkum. Primero se les obligó a pasar entre filas de miembros del Cuerpo de Trabajo del Reich, quienes por orden de un oficial alemán del Reichsarbeitsdienst les golpearon con palas. A continuación fueron golpeados por civiles en la calle. Después, al pasar por otra calle, el alcalde de Borkum les gritó, incitando a la multitud a matarles "como perros". Entonces fueron golpeados por civiles, mientras los guardias de la escolta, lejos de protegerles, fomentaron el ataque y participaron en la paliza. Cuando los pilotos llegaron a la alcaldía, uno de ellos recibió el disparo de un soldado alemán y murió, seguido de los restantes pocos minutos después, todos ellos disparados por soldados alemanes. Fueron acusados algunos oficiales, algunos soldados rasos, el alcalde de Borkum, algunos policías, un civil y el director del Cuerpo de Trabajo del Reich. Todos ellos fueron acusados de crímenes de guerra, concretamente de "haber alentado, coadyuvado, encubierto y participado voluntaria, deliberada e injustamente en el asesinato" de los pilotos y de "voluntaria, deliberada e injustamente haber alentado, coadyuvado, encubierto y participado en los ataques" dispensados a los mismos |157|. En su exposición de apertura el Fiscal desarrolló la doctrina del plan común. Declaró lo siguiente:

[E]s importante, tal cual lo veo yo, establecer la culpabilidad de cada uno de estos acusados a la luz del papel concreto que cada uno de ellos desempeñó. No todos ellos participaron exactamente del mismo modo. Con los integrantes de una multitud suele ser así. Uno llevará a cabo una acción particular o concreta y otro otra. Es la suma de las acciones de todos la que desemboca en la comisión del crimen. Ahora bien, la doctrina está de acuerdo en que allí donde existe un plan común a una multitud habiendo llevado ésta a la práctica su propósito, entonces, no puede hacerse distinción alguna entre el que señaló y el que apretó el gatillo (sic). No se establece distinción entre el que, a través de sus actos, puso a las víctimas a disposición del arbitrio de la muchedumbre y el

que la incitó, o los que propinaron los golpes fatales. Esta norma del derecho y del sentido común debe ser así de pura necesidad. De lo contrario, muchos de los verdaderos instigadores del crimen nunca llegarían a ser castigados.

¿Quién puede decir qué acto particular fue el responsable en mayor medida de los disparos finales a estos pilotos?. ¿Acaso no podría verdaderamente afirmarse que cada uno de los actos de cada uno de estos acusados podría haber sido el acto que provocó el resultado final?. Aunque el acto definitivo podría haber sido alguno en el que el anterior actor no hubiera participado directamente, [c]ada vez que un integrante de una multitud lleva a cabo un acto encaminado a alentar, a animar a alguien de los presentes, a participar, entonces, esa persona se ha puesto al servicio de la consecución del resultado final [158].

En resumen, el Fiscal señalaba que los acusados eran "eslabones de la rueda del plan común, todos ellos igualmente importantes, cada uno de ellos desempeñando la función que se le ha asignado. Y la rueda del asesinato al por mayor no puede girar sin todos los eslabones " [159]. Como consecuencia, según el Fiscal, si se probara más allá de toda duda razonable "que cada uno de estos acusados jugó su parte en la violencia de masa que condujo al asesinato injustificado de los siete pilotos americanos, [...], bajo la ley, todos y cada uno de los acusados [sería] culpable de asesinato" [160].

211. Merece la pena enfatizar que al adoptar el punto de vista recién resumido, el Fiscal estaba, sustancialmente, presentando una doctrina del plan común que presupone que todos los participantes en tal plan compartían la misma intencionalidad criminal, esto es, la comisión de asesinato. En otras palabras, el Fiscal se adhirió a la doctrina del plan común mencionada más arriba en relación con la primera categoría de casos. Es interesante señalar que los diversos abogados de la defensa rechazaron la aplicación de esta doctrina del plan común, pero no por principio, sino meramente a la luz de los hechos del caso concreto. Por ejemplo, algunos negaron la existencia de la intención criminal de participar en un plan común, alegando que la mera presencia no era suficiente para la determinación de la intención de tomar parte en los asesinatos [161]. Otros abogados de la defensa arguyeron que no había evidencias de una conspiración entre los oficiales alemanes [162], o que, de haber existido tal conspiración, no llevaba ésta aparejado el asesinato de los pilotos [163].

212. Tampoco en este caso ningún Juez Auditor Militar declaró el derecho a aplicar. Sin embargo, puede decirse en justicia que en el caso, el tribunal abrazó la doctrina del plan común, si bien de una manera diferente, pues halló a algunos de los acusados culpables tanto del asesinato como de la acusación de agresión [164], mientras que declaró a otros culpables sólo del ataque [165].

213. Puede inferirse de este caso que a todos los acusados hallados culpables se les consideró responsables de perseguir un plan criminal común, siendo la finalidad atacar a los prisioneros de guerra. Sin embargo, algunos de ellos fueron también declarados culpables de asesinato, incluso en casos en que no había evidencia de que de hecho hubieran asesinado a los prisioneros. Presumiblemente, la base para ello era que los acusados, bien en virtud de su estatus, papel o conducta, podían haber previsto que la agresión conduciría al asesinato de las víctimas de la mano de los participantes en la misma.

214. Ha de hacerse mención ahora a algunos casos sustanciados ante tribunales italianos después de la Segunda Guerra Mundial y relativos a crímenes de guerra cometidos, bien por civiles, bien por personal militar perteneciente a las fuerzas armadas de la llamada "Repubblica Sociale Italiana" ("RSI"), un Gobierno de facto, bajo control alemán, establecido en el centro y norte de Italia por el liderazgo fascista tras la declaración de guerra de Italia contra Alemania el 13 de octubre de 1943. Después de la guerra varias personas fueron enjuiciadas por crímenes cometidos entre 1943 y 1945

contra prisioneros de guerra, partisanos italianos o miembros del ejército italiano que combatían contra los alemanes y la RSI. Algunos de estos juicios abordaron la cuestión de la culpabilidad penal por actos perpetrados por grupos de personas en donde, de hecho, sólo un miembro del grupo había cometido el crimen.

215. En el caso D'Ottavio et al., en recurso de apelación proveniente del antiguo Tribunal de Teramo, la Corte de Casación se pronunció el 12 de marzo de 1947 sobre uno de estos casos. Algunos civiles armados habían perseguido ilegalmente a dos prisioneros de guerra escapados de un campo de concentración, con el propósito de capturarlos. Un miembro del grupo había disparado a los prisioneros sin intención de matarlos, pero un prisionero resultó herido y murió como consecuencia de ello. El tribunal sostuvo que todos los restantes miembros del grupo eran responsables no sólo de "restricción ilegal de la libertad" (sequestro di persona) sino también de homicidio (omicidio preterintenzionale). La Corte de Casación sostuvo este argumento. Mantuvo que para que este tipo de responsabilidad penal se diera, era necesaria la existencia no sólo de un nexo causal material, sino también psicológico, entre el resultado pretendido por todos los miembros del grupo y las diferentes acciones llevadas a cabo por un individuo de ese grupo. La Corte continuó señalando que:

[d] e hecho la responsabilidad del partícipe (concorrente) [...] no se funda en el concepto de responsabilidad objetiva [...], sino en el principio fundamental de la concurrencia de causas inter dependientes [...]; en virtud de este principio, todos los partícipes son responsables del crimen tanto en caso de haberlo causado directamente como indirectamente, de conformidad con la conocida máxima jurídica causa causae est causa causati |166|.

La Corte observó que en el caso en cuestión:

[e] xistía un nexo de causalidad material, pues todos los partícipes habían cooperado directamente en el crimen de tentativa de "secuestro ilegal" [...] al rodear y perseguir armados con una pistola y un rifle a los dos prisioneros de guerra evadidos con vistas a capturarlos ilegalmente. Este crimen fue la causa indirecta de un suceso subsiguiente y diferente, esto es, los disparos (efectuados sólo por Ottavio) contra uno de los fugitivos que provocaron las heridas causantes de la muerte. Además, existió una causalidad psicológica, pues todos los partícipes tenían intención de perpetrar y conocimiento de la perpetración, de hecho, de una tentativa de secuestro y previeron la posible comisión de un crimen deferente. Esta previsión (previsione) dimanaba necesariamente del uso de las armas: era previsible (dovendo prevedersi) que uno de los participantes pudiera disparar a los fugitivos para conseguir el propósito común (lo scopo comune) de capturarlos |167|.

216. En otro caso (Aratano et al.) la Corte de Casación abordó las siguientes circunstancias: un grupo de milicianos de la RSI habían planificado el arresto de algunos partisanos, sin intención de matarles; sin embargo, para atemorizar a los partisanos, uno de los milicianos disparó varios tiros al aire. Como consecuencia, los partisanos dispararon de vuelta, sobrevino un intercambio de disparos y en el transcurso del mismo uno de los partisanos fue asesinado por un miembro de las milicias del RSI. La Corte sostuvo que el tribunal sentenciador había cometido un error al condenar a todos los miembros de la milicia por asesinato. Desde su óptica, como el tribunal sentenciador no había encontrado que los milicianos pretendieran matar a los partisanos:

Estaba claro que [el asesinato de uno de los partisanos] fue un suceso no pretendido (evento non voluto), y, consecuentemente, no podía ser atribuido a todos los participantes: el crimen cometido fue más grave que el pretendido y pone de manifiesto la necesidad de recurrir a categorías distintas de la del homicidio voluntario. Esta Corte Suprema ha tenido ya oportunidad de declarar el mismo principio, señalando que para hallar a una persona responsable de un homicidio perpetrado en el transcurso de una operación de limpieza llevada a cabo por muchas personas, era necesario

establecer que, al participar en esta operación, se ha originado una actividad voluntaria relacionada con el homicidio (*fosse stata spiegata un'attività volontaria in relazione anche all'omicidio*) (sentencia de 27 de agosto de 1947 in re: Beraschi) |168|. 272

217. Otros casos se refieren a la aplicación de la ley de amnistía aprobada por Decreto Presidencial No. 4 de 22 de junio de 1946. Entre otras cosas, la amnistía era de aplicación a crímenes de "colaboración con los ocupantes alemanes", pero no cubría los crímenes de asesinato. La cuestión en Tossani era si la ley de amnistía podía aplicarse a una persona que había participado en una operación de limpieza contra civiles en el transcurso de la cual un soldado alemán había asesinado a un partisano. La Corte de Casación decidió que la amnistía debía aplicarse. Resaltó que el apelante que participó en la operación no había tomado parte activa en la misma y no portaba armas; además, se halló que el asesinato había resultado ser "un suceso excepcional e imprevisto", ya que en una operación de búsqueda un civil había huido para evitar ser detenido y había sido disparado por el soldado alemán. |169|

Una postura similar mantuvo la misma Corte en Ferrida. El apelante había participado, "tan sólo en su capacidad de enfermero", en una operación de limpieza en el transcurso de la cual fueron asesinados varios partisanos. La Corte dictaminó que no era culpable de asesinato, con lo que podía beneficiarse de la ley de amnistía |170|. En el caso Bonati et al. El apelante adujo que el crimen de asesinato, no contemplado por el grupo de personas concernido, había sido perpetrado por otro miembro de ese grupo. La Corte de Casación rechazó el recurso de apelación, declarando que el apelante era también culpable de asesinato. Aunque este crimen era más grave que el pretendido por algunos de los partícipes (*concorrenti*), "era en todo caso una consecuencia, si bien indirecta, de su participación" |171|.

218. En estos casos, los tribunales aplicaron incontestablemente el criterio de que una persona puede ser penalmente responsable de un crimen cometido por otro miembro del grupo y no contemplado en el plan criminal. Es cierto que en algunos de los casos el elemento intencional que se requería tuviera un miembro del grupo para ser declarado responsable de tal acción no fue claramente definida. No obstante, a la luz de otras sentencias dictadas en el mismo período sobre la misma cuestión, si bien no relacionadas con crímenes de guerra, puede decirse que los tribunales requerían que el suceso debiera haber sido previsible. En este sentido baste mencionar la sentencia de la Corte de Casación de 20 de julio de 1949 en Manelli, en la que la Corte explicó el nexo causal requerido de la manera siguiente:

La relación de causalidad material en virtud de la cual el derecho considera a algunos de los partícipes responsables de un crimen distinto al pretendido, ha de ser correctamente entendida desde el punto de vista de la lógica y el derecho y ha de diferenciarse estrictamente de una relación incidental (*rapporto di occasionalità*). Ciertamente, la causa, ya sea mediata o inmediata, directa o indirecta, simultánea o sucesiva, nunca puede confundirse con la mera coincidencia. Para que haya una relación de causalidad material entre el crimen deseado por uno de los partícipes y el crimen diferente cometido por otro, es necesario que el último crimen constituya el desarrollo lógico y previsible del primero (*il logico e prevedibile sviluppo del primo*). En cambio, allí donde existe una completa independencia entre los dos crímenes, se puede encontrar, en función de las circunstancias específicas, una relación meramente incidental (*un rapporto di mera occasionalità*), pero no una relación causal. A la luz de estos criterios, el que requiera de un tercero para que cause heridas o mate no puede responder del robo perpetrado por esa otra persona, ya que este crimen no constituye el desarrollo lógico del crimen pretendido, sino un nuevo hecho revestido de su propia autonomía causal, y vinculado a la conducta deseada por el instigador (*mandante*) por una relación meramente incidental |172|.

219. El mismo criterio fue enunciado por la misma Corte de Casación en muchos otros casos |173|.

Que este sea el criterio básico defendido por la Corte parece desprenderse del hecho de que el único caso en que la misma Corte adoptó un punto de vista diferente no deja de llamar la atención [174]. De acuerdo con esto, parece que, en relación con el grado de mens rea requerido para declarar la responsabilidad penal de una persona por actos cometidos en el marco de un plan común pero no contemplados en el plan criminal, esta Corte, o bien aplicó el criterio de una forma atenuada de intencionalidad (*dolus eventualis*) o bien requirió un alto grado de imprudencia (*culpa*)

220. Resumiendo, la Sala de Apelaciones sostiene que el criterio del plan común como forma de responsabilidad de los cómplices está firmemente arraigado en el derecho internacional consuetudinario y además es adoptado, si bien implícitamente, por el Estatuto del Tribunal Internacional. En lo que se refiere a los elementos objetivos y subjetivos del crimen, la jurisprudencia pone de manifiesto que este criterio ha sido aplicado a tres categorías diferentes de casos. En primer lugar, a casos de coautoría en que todos los partícipes en el plan común poseen la misma intencionalidad criminal de cometer el crimen (y uno o más de ellos, de hecho, perpetraron el crimen, con intención de ello). En segundo lugar, en los casos conocidos como "casos de campos de concentración", en los cuales el requisito de mens rea engloba el conocimiento de la naturaleza del sistema de malos tratos y la intención de fomentar el plan de malos tratos. Esta intencionalidad puede probarse, bien directamente, o bien como una cuestión de inferencia a partir de la naturaleza de la autoridad del acusado dentro del campo o en el organigrama jerárquico. En relación con la tercera categoría de casos, resulta apropiado aplicar el criterio del "plan común" sólo cuando se cumplan los siguientes requisitos en relación con el elemento intencional: (i) la intención de tomar parte en una empresa criminal conjunta y de favorecer -individual y conjuntamente- la finalidad criminal de esa empresa; y (ii) la previsión de la posible comisión por parte de otros miembros del grupo de crímenes que no constituyen el objeto del plan criminal común. Por tanto, el partícipe ha debido tener en mente la intención, por ejemplo, de maltratar a los prisioneros de guerra (incluso si tal plan surgió extemporáneamente) y son uno o algunos miembros del grupo los que de hecho les han matado. No obstante, para que la responsabilidad por las muertes pueda imputarse a los otros, cada miembro del grupo ha debido poder predecir este resultado. Ha de señalarse que se requiere algo más que negligencia. Lo que se requiere es un estado de ánimo en que una persona, si bien no intentó producir un determinado resultado, era consciente de que las acciones del grupo conducirían muy probablemente a ese resultado, pero sin embargo corrió tal riesgo voluntariamente. En otras palabras, se requiere el llamado *dolus eventualis* (también conocido como "advertent recklessness" en algunos ordenamientos jurídicos internos).

(...)

222. Un criterio sustancialmente similar fue el establecido en el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado por una Conferencia Diplomática en Roma el 17 de julio de 1998 ("Estatuto de Roma ") [175]. En su párrafo 3 (d), esta disposición, recoge la doctrina en discusión del siguiente modo:

[De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:....]

(d) Contribuya de algún otro modo [que sea distinto del hecho de ser cómplice o encubridor o colaborar de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen] en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

223. El peso jurídico que ha de atribuirse actualmente a las disposiciones del Estatuto de Roma ha sido correctamente establecido por la Sala II de Primera Instancia en el caso Furundzija [176]. En este caso la Sala de Primera Instancia señaló que el Estatuto es aún un tratado internacional no vinculante ya que todavía no ha entrado en vigor. No obstante, ya posee un valor jurídico significativo. El Estatuto fue adoptado por una aplastante mayoría de los Estados presentes en la Conferencia Diplomática de Roma y fue sustancialmente confirmado por el Sexto Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este hecho pone de manifiesto que el texto cuenta con el apoyo de un gran número de Estados y puede considerarse como expresión de la postura jurídica, i.e. opinio iuris, de esos Estados. Esto es coherente con el punto de vista de que la forma de responsabilidad de los cómplices en discusión se encuentra bien establecida en el derecho internacional y es distinta del hecho de alentar y encubrir [177].

282. Como se ha expresado más arriba, la doctrina de la actuación en aras de un propósito común está enraizada en los ordenamientos internos de muchos Estados. Algunos países se mueven por el principio de que cuando varias personas participan de un propósito o plan común, todas ellas son responsables de la subsiguiente conducta criminal, al margen de su grado o forma de participación, a condición de que todas tuvieran la intención de perpetrar el crimen previsto en el plan común. Si uno de los partícipes comete un crimen no previsto en el propósito o plan común, solamente él incurrirá en responsabilidad por tal crimen. Entre estos países se encontrarían Alemania [178] y Holanda [179]. Otros Estados aplican también el principio por el que si varias personas participan en un plan o conspiración común para cometer un crimen, todas ellas son penalmente responsables del crimen, cualquiera haya sido el papel desempeñado por cada una. Sin embargo, en estos países, si una de las personas participantes en el plan o empresa criminal común perpetra otro crimen que recae fuera del plan común, pero no obstante previsible, esas personas son todas completamente responsables de ese crimen. Estos países incluyen Estados con sistemas de derecho civil, como los de Francia [180] e Italia. [181]

También abarcan sistemas de derecho común como los de Inglaterra y Gales [182], Canadá [183], los Estados Unidos [184], Australia [185] y Zambia [186].

(...)

226. La Sala de Apelaciones considera que la consistencia y fuerza de la jurisprudencia y de los tratados mencionados más arriba, así como su consonancia con los principios generales sobre responsabilidad penal establecidos tanto en el Estatuto y el derecho penal internacional general, como en la legislación interna, corrobora la conclusión de que la jurisprudencia refleja normas consuetudinarias de derecho penal internacional.

227. En suma, los elementos objetivos (actus reus) de esta forma de participación en uno de los crímenes previstos en el Estatuto (respecto de cada una de las tres categorías de casos) son los que siguen:

i. Una pluralidad de personas. No es necesario que éstas estén organizadas en una estructura militar, política o administrativa, tal cual muestran claramente los casos del Linchamiento de Essen y Kurt Goebell.

ii. La existencia de un plan, diseño o finalidad común consistente en, o que supone, la comisión de un crimen previsto en el Estatuto. No es necesario que este plan, diseño o finalidad hayan sido previamente establecidos o formulados. El plan o finalidad común puede materializarse extemporáneamente y ser inferido del hecho de que una pluralidad de personas actúen de acuerdo

entre sí para poner en práctica una empresa criminal común.

iii. La participación del acusado en el plan común que entraña la perpetración de uno de los crímenes previstos en el Estatuto. No es necesario que esta participación conlleve la comisión de un crimen específico de los contemplados en una de esas disposiciones (por ejemplo, asesinato, exterminio, tortura, violación, etc.), sino que puede adoptar la forma de ayuda a, o contribución a, la ejecución del plan o finalidad común.

228. En cambio, el elemento de mens rea difiere en función de la categoría de plan común que se considere. Respecto de la primera categoría, lo que se requiere es la intención de perpetrar un crimen determinado (siendo ésta la intención compartida por todos los coautores). En relación con la segunda categoría (que, como se ha expresado con anterioridad, es realmente una variante de la primera), se requiere que el individuo tenga conocimiento personal del sistema de malos tratos (ya se pruebe por expreso testimonio o mediante la mera cuestión de la inferencia razonable a partir de la posición de autoridad del acusado), así como la intención de fomentar este sistema común y concertado de malos tratos. En lo que se refiere a la tercera categoría, lo que se requiere es la intención de participar en, y promover, la actividad criminal o la finalidad delictiva de un grupo y de contribuir a la empresa criminal común o, en todo caso, a la comisión de un crimen por parte del grupo. Además, la responsabilidad por [la comisión] de un crimen distinto del acordado en el plan común aflora sólo si, a la luz de las circunstancias del caso, (i) era previsible que tal crimen fuera perpetrado por uno u varios de los otros miembros del grupo y (ii) el acusado corrió ese riesgo voluntariamente.

229. A la luz de las proposiciones precedentes, resulta ahora apropiado distinguir entre actuar en aras de un plan o finalidad común consistente en la comisión de un crimen y la cooperación/participación delictiva:

(i) El colaborador e instigador es siempre un accesorio del crimen perpetrado por otra persona, el autor principal.

(ii) En el caso de la cooperación/participación delictiva no se requiere prueba alguna de la existencia de un plan común concertado, menos aún de la pre-existencia de tal plan. Ciertamente, no se requiere plan o acuerdo, el autor principal puede incluso no estar al corriente de la contribución del cómplice.

(iii) El colaborador e instigador lleva a cabo actos específicamente encaminados a coadyuvar, alentar o prestar apoyo moral para la perpetración de un determinado crimen específico (asesinato, exterminio, violación, tortura, destrucción arbitraria de bienes civiles, etc.), y su apoyo tiene un efecto sustantivo sobre la perpetración del crimen. En cambio, en el caso en que se actúa en aras de un plan o finalidad común, basta con que el partícipe lleve a cabo actos que de alguna manera están encaminados a la consecución del plan o finalidad común.

(iv) En el caso de la cooperación/participación delictiva, el elemento intencional requerido es el conocimiento de que los actos llevados a cabo por el colaborador/instigador ayudan a la comisión de un crimen específico por parte del autor principal. Por el contrario, en el caso del plan o finalidad común el requisito es mayor (i.e., bien la intención de perpetrar el crimen o de actuar en aras del plan criminal común, junto con la previsión de que era bastante probable que esos crímenes no contemplados en la finalidad criminal común fueran cometidos), como se ha expresado con anterioridad.

(b) La culpabilidad del recurrente en el presente caso.

230. En el presente caso, la Sala de Primera Instancia estimó que el recurrente participó en el conflicto armado que se desarrolló entre los meses de mayo y diciembre de 1992 en la región de Prijedor. Una de las características de este conflicto fue la existencia de una política de comisión de actos inhumanos contra la población civil no serbia del territorio en el marco de lo que era el intento de llegar a la creación de la Gran Serbia [187]. También se estimó que, en fomento de esta política, se cometieron actos inhumanos contra numerosas víctimas y "siguiendo un plan identificable " | 188|. Los ataques a Sivci y Jaskici el 14 de junio de 1992 ocurrieron en el marco de este conflicto armado que se daba en la región de Prijedor.

231. El recurrente participó activamente en la finalidad criminal común consistente en vaciar la región de Prijedor de población no serbia mediante actos inhumanos. La finalidad criminal común no consistía en asesinar a todos los hombres no serbios; de la evidencia presentada y aceptada se desprende claramente que con frecuencia se producían asesinatos en el marco de ese esfuerzo por vaciar la región de Prijedor de población no serbia. No ha lugar a dudas que el recurrente había estado al corriente de los asesinatos que acompañaban la comisión de actos inhumanos contra la población no serbia. Este es el contexto en que ha de situarse el ataque a Jaskici y su participación en el mismo, como estimó la Sala de Primera Instancia y también la de Apelaciones. El hecho de que nadie fuera asesinado en el ataque a Sivci el mismo día no representa cambio alguno en la finalidad criminal común.

232. El recurrente era un miembro armado de un grupo armado que, en el contexto del conflicto en la región de Prijedor, atacó Jaskici el 14 de junio de 1992. La Sala de Primera Instancia halló lo siguiente:

En relación con el asesinato de cinco hombres en Jaskici, los testigos Dragana Jaskic, Zemka [ahbaz y Senija Elkasovic vieron sus cinco cuerpos muertos tendidos en el pueblo cuando las mujeres pudieron salir de sus casas una vez que se habían ido los hombres armados; Senija Elkasovic vio que cuatro de ellos habían sido disparados en la cabeza. Había oído disparos después de que se llevaran a los hombres de su casa [189].

El recurrente participó activamente en este ataque, acorralando y golpeando fuertemente a algunos de los hombres de Jaskici. Como señalara la Sala de Primera Instancia:

[n]o estaba en cuestionamiento el hecho de que los hombres armados fueran violentos, varios de estos testigos fueron amenazados de muerte por estos hombres mientras se llevaban a los hombres del pueblo. Además de esto, el que golpearan a los hombres del pueblo, en muchos casos hasta dejarlos inconscientes mientras estaban tendidos en la carretera, constituye prueba adicional de su violencia [190].

De acuerdo con esto, la única inferencia que se puede establecer es que el recurrente tenía la intención de favorecer la finalidad criminal de vaciar la región de Prijedor de población no serbia mediante la comisión de actos inhumanos en contra de esta población. Era previsible, en las circunstancias del presente caso, que en la puesta en práctica de este propósito común pudieran ser asesinadas personas no serbias. El recurrente era consciente de que era probable que las acciones del grupo al que pertenecía condujeran a estos asesinatos, pero no obstante corrió ese riesgo voluntariamente.

3. Las conclusiones de la Sala de Apelaciones.

233. La Sala de Primera Instancia se equivocó al mantener que no podía, a la luz de la evidencia que se le había presentado, estar satisfecha más allá de toda duda razonable con que el recurrente hubiera participado en el asesinato de los cinco hombres del pueblo de Kaskici. La Sala de

Apelaciones considera que el recurrente participó en los asesinatos de los cinco hombres de Jaskici, que fueron cometidos durante un conflicto armado en el marco de una ataque generalizado o sistemático contra la población civil. La Sala de Apelaciones, por tanto, sostiene que a la luz de lo dispuesto en el artículo 7(1) del Estatuto, la Sala de Primera Instancia debiera haber hallado culpable al recurrente.

234. La Sala de Apelaciones decide acoger este alegato planteado por la Fiscalía en sus alegaciones al recurso.

C. Conclusión.

235. En vista de que la Sala de Apelaciones ha decidido que el artículo 2 resulta aplicable, el recurrente es declarado culpable del Cargo 29 (infracción grave en los términos del artículo 2(a) (matar intencionalmente) del Estatuto) y artículo 7(1) del mismo.

236. La decisión de la Sala de Primera Instancia sobre el Cargo 30 se desestima. El recurrente es declarado culpable del Cargo 30 (violación de las leyes y usos de la guerra en los términos del artículo 3(1)(a) (asesinato) del Estatuto) y artículo 7(1) del mismo.

237. La decisión de la Sala de Primera Instancia sobre el Cargo 31 se desestima. El recurrente es declarado culpable del Cargo 31 (crímenes contra la humanidad en los términos del artículo 5(a) (asesinato) del Estatuto) y artículo 7(1) del mismo."

Por tanto, la Sala de Apelaciones del Tribunal de la ex Yugoslavia declaró al acusado culpable de (crímenes contra la humanidad en los términos del artículo 5(a) (asesinato) del Estatuto y artículo 7(1) [participación en plan común con finalidad delictiva] del mismo.

II.1.2 .- Organización Criminal en Nuremberg.

Nuremberg establece la responsabilidad penal individual, no sólo por la comisión de uno o varios de los crímenes de su competencia, sino también por motivo de pertenencia a una organización criminal que tuviera precisamente como finalidad la comisión de los crímenes del Artículo 6 (crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad), estando derivado su carácter criminal precisamente de esa finalidad.

Lo que aquí interesa es la cuestión de la jurisdicción material del Tribunal Militar Internacional, con especial énfasis en las modalidades que, según el Estatuto, dan lugar a responsabilidad individual por la comisión de los crímenes para cuyo conocimiento el Tribunal es competente y que se establecen en el último inciso del famoso artículo 6 del Estatuto, artículo que se recoge íntegramente a continuación:

"Artículo 6. El Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el Artículo 1 para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, tendrá competencia para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones [191], hubieran cometido alguno de los crímenes que se enumeran a continuación:

Los siguientes actos, o uno cualquiera de ellos, son crímenes sujetos a la jurisdicción del Tribunal, por los cuales habrá responsabilidad individual:

(a) CRÍMENES CONTRA LA PAZ [en la terminología clásica: faltas al ius ad bellum]: es decir, planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión, o de una guerra en

violación de los tratados internacionales, acuerdos o seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes;

(b) CRÍMENES DE GUERRA [en la terminología clásica: faltas al *ius in bello*]: es decir, violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas, a asesinatos, maltrato y deportación para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuantren en ellos; asesinatos o maltrato de prisioneros de guerra o de personas en los mares, ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada, injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares;

(c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: es decir, asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de/o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos son responsables por todos los actos realizados por todas las personas en ejecución de tales planes : |192|"

En abril de 1945, el concepto de organización criminal fue explícitamente reconocido por los Aliados en el borrador inicial del "Acuerdo Ejecutivo". El borrador inicial, tal como fue preparado por los Estados Unidos, declaraba:

"En virtud de este acuerdo, se podrá acusar a organizaciones, oficiales o no oficiales, de actos criminales o de complicidad con los mismos, presentando ante el tribunal y sometiendo a juicio a aquel número de sus miembros que sea fielmente representativo, según determine el tribunal, del grupo u organización de que se trate".

La disposición mencionada fue finalmente adoptada en junio de 1945 como párrafo 16 (c) del "Acuerdo Ejecutivo" de las cuatro Grandes Potencias, con el siguiente agregado: "Habiéndose dictado condena contra una organización de acuerdo con la presente disposición, el tribunal deberá formular conclusiones escritas y dictar sentencia por escrito de los cargos contra dicha organización y sus miembros representativos sometidos a enjuiciamiento " |193|.

Las disposiciones relativas a la responsabilidad por pertenencia a una organización criminal exigida por el "Acuerdo Ejecutivo", quedaron finalmente incorporadas al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg como Artículos 9, 10 y 11:

"Artículo 9. Al procesar a cualquier individuo miembro de un grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el cual el individuo pudiera ser condenado) que el grupo u organización del/de la que el individuo fuese miembro, es una organización criminal.

Recibido el Acta de Acusación, el Tribunal hará las notificaciones que considere pertinentes respecto del propósito de la acusación de solicitar al Tribunal que formule tal declaración y cualquiera de los miembros de la organización tendrá derecho a solicitar al Tribunal ser escuchado por el Tribunal sobre la cuestión del carácter criminal de la organización. El Tribunal estará facultado para aceptar o rechazar la solicitud. En caso que aceptase la solicitud, el Tribunal podrá dictaminar la manera en que los solicitantes deberán estar representados y ser oídos.

Artículo 10. En todos los casos en que el Tribunal haya proclamado el carácter criminal de un grupo u organización, la autoridad nacional competente de cualquiera de los Países Signatarios tendrá derecho a procesar a los individuos por su pertenencia a la misma ante las tribunales nacionales, militares o de ocupación. En tal caso, la naturaleza criminal del grupo u organización se considera probada y no podrá ser puesta en duda.

Artículo 11. Cualquier persona condenada por el Tribunal podrá ser acusada ante un tribunal nacional, militar o de ocupación, a los que se hace referencia en el Artículo 10 de estos Estatutos, de un delito que no sea el de pertenencia a un grupo u organización criminal y dicho tribunal podrá, después de condenarla, imponerle un castigo independiente y adicional al castigo impuesto por el Tribunal por su participación en las actividades criminales de dicho grupo u organización" [194].

Poco después de haberse reconocido la responsabilidad por pertenencia a organización criminal de conformidad con el Estatuto londinense, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, promulgado el 19 de enero de 1946, penalizó también la "participación en un plan o conspiración" para la comisión de uno de los crímenes contra la paz que se habían enumerado. (Sección II, Artículo 5(a). El Estatuto del Tribunal de Tokio consideró también como responsables a los "los cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan o conspiración común para cometer cualquiera de los (crímenes contra la humanidad que se enumeran) son responsables de todos los actos llevados a cabo por cualquier persona en la ejecución de dicho plan" [195]. (Sección II, Artículo 5 (c).

Sobre la base de estas disposiciones estatutarias, el acta de acusación determina las personas y organizaciones objeto de tal acusación y los cargos que se les imputan. Junto a los 24 acusados, el acta especifica también los grupos u organizaciones que "habían de ser declarados criminales por motivo de sus fines y los medios usados para la consecución de los mismos y en relación con la condena de los acusados en cuanto miembros de estas organizaciones" [196], entre las cuales se encontraban las conocidas SS (Cuerpos de Élite del NSDAP, de carácter paramilitar) y la GESTAPO (Policía Secreta del Estado). Los cuatro cargos de que se acusa a los imputados son: crímenes contra la paz; crímenes de guerra; crímenes contra la humanidad y el plan o conspiración común para cometer tales crímenes.

Éste último fue formulado precisamente como el primero de los cargos bajo el título: CARGO UNO - EL PLAN O CONSPIRACIÓN COMÚN.

Partiendo del artículo 6 del Estatuto del Tribunal, la contextualización y exposición que hace la Fiscalía de este cargo es la siguiente:

Durante el período de años que preceden al 8 de mayo de 1945, todos los acusados, junto con diversas otras personas, participaron como líderes, organizadores, instigadores o cómplices en la formulación o ejecución e un plan o conspiración común para cometer, o que conllevaba la comisión de Crímenes contra la Paz, Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, tal como se les define en el Estatuto de este Tribunal y, de acuerdo con las disposiciones del mismo, son responsables, a título individual, por sus propios actos y por todos los actos cometidos por cualesquiera personas en la ejecución de tal plan o conspiración. El plan o conspiración común incluía la comisión de Crímenes contra la Paz, en la medida en que los acusados planificaron, prepararon, iniciaron y llevaron a cabo guerras de agresión, que eran también guerras que violaban tratados, acuerdos o garantías internacionales. En el desarrollo y curso del plan o conspiración común, éste llegó a abarcar la comisión de Crímenes de Guerra en cuanto contemplaba, y así lo decidieron y llevaron a cabo los acusados, guerras implacables contra países y poblaciones en que

se infringían las normas y usos de la guerra, incluyendo como medios típicos y sistemáticos para llevarla a cabo, el asesinato, los malos tratos, la deportación con fines de trabajos forzosos, y otros fines, contra las poblaciones civiles de los territorios ocupados, el asesinato y maltrato de prisioneros de guerra y de personas en alta mar, el secuestro y asesinato de rehenes, el saqueo de bienes públicos y privados, la destrucción sin sentido de ciudades, pueblos y aldeas, y la devastación no justificada por necesidad militar. El plan o conspiración común contemplaba, y llegó a abarcar, como medios típicos y sistemáticos, y así lo decidieron y llevaron a cabo los acusados, Crímenes contra la Humanidad, tanto en Alemania como en los territorios ocupados, incluyendo el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra las poblaciones civiles antes y durante la guerra, y persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en la ejecución del plan para preparar y llevar a cabo guerras de agresión o ilícitas, infringiendo muchos de tales actos y persecuciones el derecho interno de los países donde se perpetraban.

Detalles sobre la naturaleza y desarrollo del plan o conspiración criminal

El partido nazi como núcleo central del plan o conspiración criminal:

En 1921, Adolfo Hitler se convirtió en el líder supremo, o Fuehrer del "Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores), conocido también como el Partido Nazi, que había sido fundado en Alemania en 1920, y permaneció como tal durante todo el período cubierto por este acta de acusación. El Partido Nazi, junto con algunas de sus organizaciones subsidiarias, pasó a ser el instrumento de cohesión entre los acusados y sus co-conspiradores, y un instrumento para llevar a cabo los objetivos y propósitos de su conspiración. Cada acusado se convirtió en miembro del Partido Nazi y de la conspiración, con conocimiento de sus objetivos y propósitos o, contando con dicho conocimiento, haciéndose cómplice de sus objetivos y propósitos en alguna etapa del desarrollo de la conspiración.

Objetivos comunes y métodos de conspiración:

Los fines y objetivos del Partido Nazi y de los acusados y de las diversas otras personas que paulatinamente se incorporaron como líderes, miembros, partidarios o adherentes del Partido Nazi (a los que en adelante se denominará colectivamente los "conspiradores Nazis") eran conseguir, por cualquier medio considerado oportuno, incluyendo medios ilícitos y contemplando en última instancia la amenaza de fuerza, la fuerza y la guerra de agresión, lo que se detalla a continuación: (i) derogar y derrocar el Tratado de Versalles y sus restricciones al armamentismo y actividad militar de Alemania; (ii) apoderarse de los territorios perdidos por Alemania como consecuencia de la Guerra Mundial de 1914-18 y de otros territorios en Europa que serían ocupados, según afirmaban los conspiradores nazis, principalmente por los llamados "alemanes de raza"; (iii) apoderarse de otros territorios adicionales en la Europa continental y en otros lugares, que según sostenían los conspiradores nazis, iban a necesitar los "alemanes de raza" como "Lebensraum" o espacio para vivienda, todo ello a costa de países vecinos y otros. Los objetivos y propósitos de los conspiradores nazis no eran ni fijos ni estáticos, evolucionando y ampliándose a medida que los nazis se hicieron gradualmente más poderosos y pudieron aplicar en forma más efectiva sus amenazas de fuerza y amenazas de guerra de agresión. Cuando sus objetivos y propósitos de expansión alcanzaron finalmente tales dimensiones como para provocar una fuerza tal de resistencia a la que sólo podrían derrotar mediante la fuerza armada y la guerra de agresión, y no simplemente con los oportunistas métodos usados hasta entonces, tales como fraude, engaño, amenazas, intimidación, actividades quintacolumnistas y de propaganda, los conspiradores nazis deliberadamente planearon, decidieron y lanzaron sus guerras de agresión y guerras que violaban tratados, acuerdos y garantías internacionales según las etapas y pasos que a continuación se describen con más detalle.

Técnicas doctrinarias del plan o conspiración criminal:

Para incitar a otros a unirse al plan o conspiración criminal, y como forma de garantizar a los conspiradores nazis el más alto grado de control sobre la comunidad alemana, propusieron, difundieron y se aprovecharon de ciertas doctrinas, entre otras, las siguientes:

1. Que las así denominadas personas de "sangre alemana" (definidas por los conspiradores nazis) constituían una "raza superior", con derecho, por lo tanto, a subyugar, dominar o exterminar a otras "razas" y pueblos;
2. Que el pueblo alemán debería ser gobernado de acuerdo con el Fuehrerprinzip (principio de la jefatura), según el cual el poder reside en un Fuehrer del cual se derivaría la autoridad en un orden jerárquico, debiendo cada sublíder obediencia incondicional a su jefe superior inmediato, siendo no obstante absoluto en su propia esfera de competencia; y el poder de la jefatura sería ilimitado, extendiéndose a todas las etapas de la vida pública y privada;
3. Que la guerra era una actividad noble y necesaria de los alemanes;
4. Que el liderazgo del Partido Nazi, como único titular de lo que antecede y de otras doctrinas del Partido Nazi, le facultaba para dar forma a la estructura, políticas y prácticas del Estado Alemán y de todas sus instituciones conexas, para dirigir y supervisar las actividades de todos los individuos en el interior del Estado y para destruir a todos sus opositores....

La adquisición y consolidación del control totalitario sobre Alemania y su maquinaria estatal.

Para poder conseguir sus fines y objetivos, los conspiradores nazis prepararon la adquisición del control totalitario sobre Alemania y así asegurarse de que no iba a surgir resistencia efectiva alguna en su contra en Alemania. Tras el fracaso del golpe de Munich de 1923, los conspiradores nazis se propusieron socavar y apoderarse del Gobierno alemán a través del Partido Nazi y mediante métodos "legales" apoyados por el terrorismo. De este modo, utilizaron la SA (Sección de Asalto), organización integrada por jóvenes voluntarios entrenados para/y "comprometidos" con el uso de la violencia. Se trataba de una organización de carácter semi-militar que tenía por misión convertir al Partido en el máster de las calles.

En enero de 1933 Hitler devino Canciller de la República de Alemania. Las libertades civiles consagradas en la Constitución de Weimar fueron suspendidas (i.e. libertad de prensa, de expresión, de asociación, etc.). Los conspiradores nazis, asegurándose la promulgación de la "Ley para la Protección del Pueblo y del Reich", invistieron de plenos poderes a Hitler y los miembros de su Gobierno. Todos los partidos políticos, salvo el Partido Nazi, fueron prohibidos. Consiguieron hacer del Partido Nazi una organización paragubernamental dotada de amplios y extraordinarios privilegios.

Una vez en posesión de la maquinaria del Estado alemán, los conspiradores nazis establecieron la consolidación de su posición de poder dentro de Alemania, el exterminio de la potencial resistencia interna y la colocación de la nación alemana en pie de guerra:

(a) Los conspiradores nazis redujeron el Reichstag a un cuerpo de personas afines designadas por ellos mismos y anularon el derecho a celebrar elecciones libres.....Instituyeron una purga general de funcionarios civiles; restringieron drásticamente la independencia del poder judicial y lo convirtieron en un instrumento de los fines nazis....Los conspiradores nazis coordinaron las agencias del Estado con el Partido Nazi y sus ramas y afiliados, con el resultado de que la vida

alemana pasó a regirse por la doctrina y prácticas nazis y a mobilizarse progresivamente para la consecución de sus fines.

(b) Para asegurar su dominio frente a todo ataque y para instaurar el miedo entre el pueblo alemán, los conspiradores nazis establecieron y propagaron un sistema de terror en contra de los oponentes, y supuestos oponentes, al régimen. Encarcelaron a estas personas sin mediar proceso judicial alguno, manteniéndoles en "custodia preventiva" y campos de concentración, y sometiendo a persecución, degradación, despojo, esclavitud, tortura y asesinato. Estos campos de concentración fueron establecidos en 1933 bajo la dirección del acusado Goering y extendidos como parte preconcebida de la política y método terroristas de los conspiradores y usados por ellos para la comisión de los crímenes contra la humanidad que se invocarán a continuación. Entre las agencias principales utilizadas para la perpetración de estos crímenes estaban las SS y la GESTAPO, a las que, en conjunción con las ramas y agencias favorecidas del Estado y del Partido, les fue permitido operar sin miramiento alguno hacia la ley.

(c) Los conspiradores nazis planificaron que, junto a la supresión de la oposición política, era necesario eliminar o exterminar otros determinados grupos o movimientos considerados por ellos como obstáculos a su control total sobre Alemania y a sus fines de conspiración en el extranjero. Así pues:

- Los conspiradores nazis destruyeron los sindicatos alemanes, confiscando sus fondos y propiedades, persiguiendo a sus líderes, prohibiendo sus actividades, y suplantándolos por una organización afiliada al Partido Nazi. El principio del liderazgo fue introducido en las relaciones industriales, deviniendo así el empresario en líder y los obreros en sus seguidores. De este modo, cualquier potencial resistencia por parte de los trabajadores se veía frustrada, situando toda la fuerza de trabajo de la nación alemana bajo el control efectivo de los conspiradores....

- La persecución, por parte de los conspiradores nazis, de los grupos pacifistas, incluidos los movimientos religiosos dedicados al pacifismo, se llevó a cabo de manera cruel y despiadada.

(d) En implementación de su política racial, los conspiradores se unieron en un programa de persecución implacable contra la judíos; este programa estaba diseñado para su exterminio; la aniquilación de los judíos se convirtió en política oficial del Estado y se llevó a cabo mediante la actuación oficial y la incitación a la violencia individual y de masas.

(e) Para hacer al pueblo alemán más moldeable a sus propósitos, los conspiradores nazis redefinieron el sistema educativo y, especialmente, la educación y formación de la juventud alemana. También en el sistema educativo se introdujo el principio del liderazgo.... Los conspiradores nazis impusieron la supervisión de todas las actividades culturales, controlaron la difusión de información y opinión en Alemania, así como el movimiento intelectual, y crearon una poderosa maquinaria propagandística.

En cuanto a la planificación económica, una vez alcanzado el poder político, los conspiradores nazis organizaron la economía alemana para así hacer efectivos sus fines políticos. Para eliminar la posibilidad de resistencia en el plano económico, privaron a los trabajadores de sus derechos de asociación sindical y política. Usaron organizaciones comerciales alemanas como instrumentos de la movilización económica hacia la guerra. Dirigieron la economía alemana hacia la preparación y el equipamiento de la maquinaria bélica. Hacia esta finalidad dirigieron las finanzas, las inversiones de capital y el comercio exterior. Con este propósito, los conspiradores nazis establecieron también una serie de agencias y autoridades administrativas, como el Plan Cuatrienal, del que Goering era plenipotenciario....

Este control nazi fue usado seguidamente para la agresión exterior y así, la ejecución de los planes de invasión contra Austria, Checoslovaquia, Dinamarca, Noruega, Bélgica, Holanda, etc....

Cargo Cuatro - Crímenes contra la Humanidad

Todos los acusados cometieron Crímenes contra la Humanidad durante un período de años anteriores al 8 de mayo de 1945, en Alemania y en todos los países y territorios ocupados por las fuerzas armadas alemanas desde el 1 de septiembre de 1939, y en Austria, en Checoslovaquia, en Italia y en alta mar.

Todos los acusados, actuando de común acuerdo entre ellos, formularon y ejecutaron un plan o conspiración común para cometer Crímenes contra la Humanidad según se les define en el Artículo 6 (c) del Estatuto. Dicho plan implicaba, entre otras cosas, el asesinato y persecución de todos quienes fuesen o se sospechase fuesen hostiles al Partido Nazi y de todos quienes estuviesen en contra o se sospechase estuviesen en contra del plan común alegado en el Cargo Uno.

Los antedichos Crímenes contra la Humanidad fueron cometidos por los acusados y por otras personas de cuyos actos los acusados son responsables (según el Artículo 6 del Estatuto) ya que esas otras personas realizaron sus actos en ejecución de un plan y conspiración común para cometer dichos crímenes, con la participación en la formulación y ejecución de dicho plan y conspiración de todos los acusados en calidad de líderes, organizadores, instigadores y cómplices.

Estos métodos y crímenes constituyeron violación de convenciones internacionales, de normas penales internas, de todos los principios generales del derecho penal que se derivan del derecho penal de toda nación civilizada, y estuvieron involucrados en/y fueron parte de un curso sistemático de conducta. Estos actos van en contra del Artículo 6 del Estatuto.

La acusación se basará también en los hechos que se alegan bajo el Cargo Tres, relativo a los Crímenes de Guerra, como constitutivos también de Crímenes contra la Humanidad.

(A) ASESINATO, EXTERMINIO, ESCLAVITUD, DEPORTACIÓN Y OTROS ACTOS INHUMANOS COMETIDOS CONTRA LAS POBLACIONES CIVILES ANTES Y DURANTE LA GUERRA

Para llevar a cabo los propósitos antes expuestos, los acusados adoptaron una política de persecución, represión y exterminio de cuantos civiles en Alemania fuesen, o se creyese que fuesen, o se creyese que pudieran llegar a ser hostiles al Gobierno Nazi y al plan o conspiración común descrito en el Cargo Uno. Encarcelaron a tales personas sin proceso judicial, manteniéndolas bajo "custodia preventiva" y en campos de concentración, donde las sometían a persecución, degradación, despojamiento, esclavitud, tortura y asesinato.

Se crearon tribunales especiales para materializar la voluntad de los conspiradores; se permitió a ramas u organismos favorecidos operar incluso fuera del marco de una legislación nazificada y aplastar toda tendencia y todo elemento que considerasen "indeseable". Los diversos campos de concentración incluían a Buchenwald, que se creó en 1933, y Dachau, establecido en 1934. En éstos y en otros campos se obligó a los civiles a realizar trabajos forzosos, siendo asesinados y maltratados por distintos medios, incluyendo los reseñados en el Cargo Tres, y tales actos y políticas continuaron y se extendieron hasta los países ocupados después del 1 de septiembre de 1939, y hasta el 8 de mayo de 1945.

(B) PERSECUCIÓN POR MOTIVOS POLÍTICOS, RACIALES Y RELIGIOSOS EN LA EJECUCIÓN DE/Y EN RELACIÓN CON EL PLAN COMÚN MENCIONADO EN EL CARGO

UNO.

Tal como se expresó anteriormente, en la ejecución del/y en relación con el plan común mencionado en el Cargo Uno, se procedió a exterminar y perseguir a los opositores del Gobierno Alemán. Estas persecuciones se dirigieron contra los judíos. También se dirigieron contra personas cuyas creencias políticas o aspiraciones espirituales se considerasen opuestas a los objetivos de los nazis.

A partir de 1933 se persiguió sistemáticamente a los judíos; se les privó de libertad, enviándolos a campos de concentración donde fueron asesinados y maltratados. Sus propiedades fueron confiscadas. Cientos de miles de judíos recibieron este tratamiento antes del 1 de septiembre de 1939.

A partir del 1 de septiembre de 1939, se redobló la persecución de los judíos: millones de judíos provenientes de Alemania y de los países occidentales ocupados fueron enviados a los países orientales para su exterminio.

A modo de ejemplo y sin perjuicio de la presentación de evidencia de otros casos, los detalles son los siguientes:

Los nazis asesinaron, entre otros, al Canciller Dollfuss, al social demócrata Breitscheid y al comunista Thaelmann. Encarcelaron en campos de concentración a numerosas figuras políticas y religiosas, como por ejemplo el Canciller Schuschnigg y el Pastor Niemoeller.

En noviembre de 1938, por órdenes del Jefe de la Gestapo, se celebraron demostraciones anti judías en toda Alemania. Las propiedades judías fueron destruidas; 30.000 judíos fueron arrestados y enviados a campos de concentración, confiscándose sus bienes.... |197|

El escrito de la acusación continúa proporcionando cifras del exterminio sobre los judíos y a continuación pasa a la determinación de las responsabilidades, tanto por actos propios como por pertenencia a las organizaciones criminales, de los distintos acusados.

En su Sentencia, el Tribunal de Nuremberg analizó las facultades que tenía para declarar o no criminal a una organización:

"Esta facultad es una facultad judicial y no permite actos arbitrarios, sino que debe ser ejercida con arreglo a principios jurídicos bien establecidos, siendo uno de los más importantes el que la responsabilidad penal es personal y que deberían evitarse los castigos en masa. Si estuviere convencido del carácter criminal de la organización o grupo en cuestión, el hecho de que la teoría de la "criminalidad grupal" sea nueva o la existencia de la posibilidad de que pueda ser aplicada injustamente por algún tribunal posterior, no deben ser óbices para que el tribunal declare la criminalidad de la organización. Por otro lado, el Tribunal debe asegurarse, a la hora de emitir dicha declaración de criminalidad, que no se castigará a personas inocentes " |198|.

La sentencia del Tribunal de Nuremberg incide también en que "Una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en cuanto la esencia de ambas es la cooperación para fines criminales. Debe existir un grupo unido y organizado hacia un propósito común. El grupo deberá estar formado o ser usado en relación con la comisión de los crímenes previstos en el Estatuto. Dado que la declaración con respecto a las organizaciones y grupos fijará, tal como se ha señalado, la criminalidad de sus miembros, esa definición debería excluir a personas que no tuviesen conocimiento de los objetivos u actos criminales de la organización y a aquéllos que hubiesen sido reclutados por el Estado para lograr su incorporación, a menos que estuviesen personalmente implicados en la comisión de actos declarados criminales por el Artículo 6 de los Estatutos como

miembros de la organización. La pertenencia por sí sola no cae dentro del ámbito de estas declaraciones " [199].

Y con arreglo a este criterio, fueron declaradas criminales las siguientes organizaciones: los Cuadros del Partido Nazi, la GESTAPO, las SS y el SD. Asimismo, los siguientes resultaron condenados, además de por otros cargos, por el cargo de pertenencia a organización criminal:

- 1.- Hermann Wilhem Goering: segundo después de Hitler en el régimen nazi; Comandante en jefe del Luftwaffe (Ejército del Aire), entre otros cargos.
- 2.- Rudolf Hess: miembro del Partido Nazi; Ministro del Reich sin Cartera; miembro del Gabinete Secreto; miembro del Consejo Ministerial para la Defensa del Reich, entre otros cargos.
- 3.- Joachim von Ribbentrop: miembro del Partido Nazi; asesor de Hitler en política exterior y representante del Partido Nazi en política exterior; Embajador en Inglaterra; Ministro de Asuntos Exteriores, entre otros cargos.
- 4.- Wilhem Keitel: Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.
- 5.- Alfred Rosenberg: miembro del Partido Nazi; ideólogo del Partido Nazi y difusor de su doctrina.
- 6.- Erich Raeder: Almirante; miembro del Consejo de Defensa; Almirante Inspector de la Marina.
- 7.- Alfred Jodl: Jefe de la Sección Nacional de Defensa del Alto Mando; Jefe del Personal de Operaciones del Alto Mando de las Fuerzas Armadas, si bien su superior inmediato era Keitel, rendía cuentas de sus operaciones directamente a Hitler; en sentido estricto militar, Jodl fue el planificador de la guerra y responsable en gran medida de la estrategia y la conducción de las operaciones.
- 8.- Constantin von Neurath: Ministro de Asuntos Exteriores; Ministro del Reich sin Cartera; Presidente del Gabinete Secreto y miembro del Consejo de Defensa del Reich; Protector del Reich para Bohemia y Moravia; detentaba el rango de Obergruppenfuehrer en las SS.

Desempeñándose en tal condición y asociados como un grupo al más alto nivel, ya sea dentro del Partido Nazi o en la Organización de las Fuerzas Armadas Alemanas, estas personas tuvieron, como se hace constar en el acta de acusación, una responsabilidad principal en la planificación, preparación, iniciación y realización de guerras ilícitas, tal como se indica en los Cargos Uno y Dos de tal acta, y en los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad llevados a cabo en ejecución del plan o conspiración común detallada en los Cargos Tres y Cuatro del acta de acusación.

Criterios y principios para determinar el carácter criminal de una organización según Nuremberg. Derecho aplicable a la criminalidad de los grupos y organizaciones y bajo el que se acusa a las organizaciones nazis de ser organizaciones criminales.

La siguiente argumentación sobre el derecho y las líneas de actuación de aplicación al cargo formulado por la acusación consistente en que ciertos grupos y organizaciones nazis han ser declaradas criminales, fue proporcionada el 28 de febrero de 1946 por el Fiscal Supremo de los Estados Unidos, Hon. Robert Jackson, ante el Tribunal de Nuremberg.

Con la venia de sus Señorías:

La rendición incondicional de Alemania creó originales y difíciles problemas de derecho y administración a los vencedores. Dado que se trata del primer caso de rendición de una sociedad entera, con una organización moderna, los precedentes y experiencias pasadas no nos ayudan mucho a la hora de orientar nuestras políticas hacia los vencidos. La responsabilidad implícita en la petición y aceptación de la capitulación de todo un pueblo debe forzosamente incluir la obligación de discriminar con justicia y con inteligencia entre los elementos opuestos de una población que mantenía relaciones dispares con las políticas y conductas que condujeron a la catástrofe. Esta diferenciación es el objetivo de las disposiciones del Estatuto que autorizan a este Tribunal a declarar que hay organizaciones o grupos que son criminales. Entender este problema que el Estatuto intenta solucionar es esencial a la hora de su interpretación y aplicación.

A. El problema de las organizaciones nazis.

Una de las siniestras rarezas que mostraba la sociedad alemana en el momento de su rendición era que el Estado en cuanto tal, sólo jugaba un rol subordinado en el ejercicio del poder político, en tanto que existían controles realmente drásticos sobre la sociedad alemana que se habían organizado fuera del gobierno nominal. Todo esto se logró gracias a una elaborada red de organizaciones muy unidas y exclusivas integradas por voluntarios seleccionados que habían jurado ejecutar, sin demora y sin preguntas, las órdenes de los jefes nazis.

Estas organizaciones penetraron toda la vida alemana. El país fue subdividido en pequeños principados nazis de aproximadamente cincuenta hogares cada uno, y cada una de estas comunidades tenía sus propios líderes políticos reconocidos, policía y espías encubiertos del partido. Éstos se integraban en unidades de mayor tamaño con líderes de mayor rango, verdugos y espías. Constituían en su conjunto una pirámide de poder fuera de la ley, con el Führer en la cúspide y con los funcionarios locales del partido formando una amplia base que se sustentaba fuertemente en la población alemana. El despotismo nazi no estaba formado, por lo tanto, sólo por estos acusados individuales. Habían miles de pequeños fuhrers que ordenaban, miles de imitaciones de Goering que alardeaban, miles de Schirach que incitaban a los jóvenes, miles de Sauckel que imponían trabajos forzosos, miles de Streicher and Rosenberg que incitaban al odio, miles de Kaltenbrunner y Frank que torturaban y mataban, miles de Schacht y Speer y Funk que administraban, financiaban y apoyaban el movimiento. El movimiento nazi fue una fuerza integrada en la ciudad y en el condado y en la aldea. El poder del partido resultante de este sistema de organizaciones compitió primero y controló después el poder del Estado mismo.

El vicio primario de esta red de organizaciones fue que se las utilizó para traspasar el poder de coacción sobre los hombres desde el gobierno y la ley a los líderes nazis. La libertad, el autogobierno y la seguridad de las personas y de los bienes sólo existen en tanto en cuanto la facultad de coacción sea patrimonio exclusivo del Estado y sea ejercida siempre conforme a derecho. Los nazis, sin embargo, montaron un sistema privado de coacción, externo e inmune a la ley, con campos de concentración y pelotones de fusilamiento controlados por el partido para administrar sanciones decretadas oficiosamente. Sin responsabilidad alguna ante la ley y sin mandamiento de tribunal alguno, los nazis pudieron confiscar bienes, arrebatarse la libertad y apoderarse, incluso, de la vida misma.

Estas organizaciones tuvieron un papel calculado y decisivo en los bárbaros extremos del movimiento nazi. Sirvieron muy ingeniosamente para explotar la psicología del populacho y para manipularlo. Al multiplicar el número de personas en una empresa común se tiende a disminuir el sentido de responsabilidad moral de cada individuo y a acrecentar su sensación de seguridad. Los líderes nazis fueron maestros en esta técnica. Manipularon a estas organizaciones para efectuar impresionantes exhibiciones de grupo y de poder ante el pueblo alemán. Se las usó para incitar el espíritu del populacho y para después satisfacer desenfrenadamente los odios populares y la

ambición germánica que ellas mismas habían desatado e inflado.

Estas organizaciones adoctrinaban y practicaban la violencia y el terrorismo. Se encargaban de la ejecución sistematizada, agresiva y disciplinada de todo el catálogo de crímenes que hemos demostrado en toda Alemania y en los países ocupados. El florecimiento del sistema queda representado por el fanático General Ohlendorf de las S.S., quien dijo a este Tribunal, sin vergüenza ni asomo de piedad alguna, que había ordenado personalmente la muerte de 90.000 hombres, mujeres y niños. Nunca tribunal alguno ha escuchado jamás un recital de asesinatos tan sistemáticos como el que este Tribunal escuchó de él y de Wisliceny, uno de sus compañeros en las SS. El testimonio que ellos mismos dieron demuestra la responsabilidad de las SS en el programa de exterminio que segó las vidas de cinco millones de judíos, responsabilidad que la organización agradecía y cumplía metódica, despiadada y meticulosamente. Estos crímenes no tienen precedente por el espeluznante número de víctimas. Y son todavía más espeluznantes y sin precedentes por el gran número de personas que se combinaron para perpetrarlos. Los escrúpulos y conciencias de un segmento muy amplio del pueblo alemán estaban encomendados al cuidado de los nazis, y sus devotos no tenían sentimiento de culpa personal alguno mientras pasaban de una medida extrema a otra. Por otra parte, competían en crueldad y crímenes. Desde su banquillo de testigo, Ohlendorf acusó a otros comandantes de las SS, cuyas matanzas sobrepasaban las suyas, de "exagerar" las cifras.

No podía haber ni justicia ni sabiduría alguna en una política de ocupación que imponía a alemanes pasivos y desorganizados e inarticulados las mismas cargas que atribuía a quienes voluntariamente hacían causa común con estas poderosas y conocidas pandillas. Uno de los requisitos básicos, tanto de la justicia como de la administración exitosa de la responsabilidad de ocupación de los vencedores, es segregarse a estos elementos organizados de las masas de alemanes para darles un tratamiento aparte.

Pareciera estar fuera de controversia que castigar a unos pocos líderes y dejar intacta esta red de cuerpos organizados en medio de la sociedad alemana de postguerra, sería fomentar el germen de un nuevo dominio nazi. Sus miembros están acostumbrados a una cadena establecida de mando centralizado; han creado un hábito y desarrollado una técnica de colaboración tanto secreta como declarada. Abrigan todavía una devoción ciega por el suspendido, aunque no abandonado, programa nazi. Mantendrán vivos los odios y ambiciones que generaron la orgía de crímenes que hemos demostrado. Son portadores, desde esta generación a la siguiente, del virus de una guerra agresiva y despiadada. El Tribunal ha visto en la pantalla con cuanta facilidad un conjunto que ostensiblemente es sólo una fuerza laboral normal puede de hecho ser una unidad de entrenamiento militar excavando con palas. La próxima guerra y los próximos pogroms se incubarán en los nidos de estas organizaciones con tanta certeza como si dejamos que su prestigio e influencia salgan indemnes de condena y castigo.

La amenaza de estas organizaciones es más impresionante cuando consideramos la desmoralizada situación en que se encuentra la sociedad alemana. Pasarán años antes de que pueda establecerse en el Estado alemán una autoridad política que no sea inexperta y provisional. No podrá adquirir con rapidez la estabilidad propia de un gobierno respaldado por el largo hábito de la obediencia y respeto tradicional. La intriga, la obstrucción y, posiblemente el derrocamiento, que gobiernos antiguos y establecidos temen de grupos conspiradores, es un peligro real y presente para cualquier orden social estable en la Alemania de hoy y de mañana.

En la medida en que el Estatuto de este Tribunal contempla una justicia retributiva, es obvio que no podrá dejar pasar estos instrumentos organizados e instigadores de crímenes pasados. Al abrir este caso dije que los Estados Unidos no intentan condenar a todo el pueblo alemán por el crimen. Pero es igualmente importante que este juicio no sirva para absolver a todo el pueblo alemán, excepto los

22 hombres que están en el banquillo de acusados. Los agravios causados al mundo por estos acusados y por sus cómplices superiores no fueron hechos por su voluntad o con su sola fuerza. El éxito de sus designios fue posible porque hubo un gran número de alemanes que se organizaron para convertirse en el fulcro y palanca mediante los cuales se extendió y magnificó el poder de estos líderes. Si en este juicio no se condena a estos cómplices organizados por su cuota de responsabilidad en esta catástrofe, se interpretará que han sido exonerados.

Pero este Estatuto no se ocupó de la justicia punitiva solamente. Pone de manifiesto una política constructiva influenciada por consideraciones ejemplarizadoras y preventivas. El objetivo principal al exigir que la rendición fuese incondicional fue despejar el camino para la reconstrucción de la sociedad alemana sobre la base de que no amenace nuevamente la paz de Europa y del mundo.... De acuerdo con la política de desnazificación en vigor, ningún miembro del partido nazi o de sus formaciones podrá ser contratado para un cargo, excepto en tareas corrientes, o en alguna empresa comercial, a menos que se compruebe que su actuación como nazi fue nominal solamente. A las personas en ciertas categorías, cuya posición en la comunidad es de prominencia o influencia, se les exige que cumplan este principio, y a quienes no lo hagan, se les podrá negar participación ulterior en sus empresas o profesiones. Es imperativo retirar o excluir de los cargos públicos, y de puestos de importancia en empresas privadas y quasi públicas a las personas que entren en las aproximadamente 90 categorías especificadas y que, por ende, se considere que son nazis activos, simpatizantes nazis o militaristas. Los bienes de tales personas quedan bloqueados.

Ha quedado reconocido por el Consejo de Control, tal como lo fue por los artífices del Estatuto, que un programa permanente, a largo plazo, debería estar basado en una discriminación más cuidadosa y más individual que lo que fue posible con medidas interinas y radicales. Existe actualmente una tendencia en el seno del Consejo de Control llamada a reconsiderar todas sus políticas y procedimientos de desnazificación. La actuación de este Tribunal al declarar o al dejar de declarar que las organizaciones acusadas son criminales, tiene una importancia vital en la futura política de ocupación.

Fue propósito del Estatuto el servirse del juicio oral de este Tribunal para identificar y condenar a aquellas fuerzas nazis y militaristas que estaban tan organizadas como para constituir una amenaza permanente a los objetivos de largo plazo en aras de los cuales nuestros países han entregado las vidas de sus jóvenes hombres. Es a la luz de este gran propósito que deberemos examinar las cláusulas del Estatuto.

(...)

La pertenencia a organización que el Estatuto y la Ley del Consejo de Control convierten en criminal implica, por supuesto, implica la existencia de una auténtica pertenencia que lleve aparejada la voluntad del miembro. El acto de afiliación a la organización deberá haber sido intencional y voluntario. Nunca se ha pensado que la obligación legal o coacción ilícita, el engaño o trampa efectiva del que alguien sea víctima, sea un delito de la víctima, y no deberá deducirse un resultado tan injusto. La medida del conocimiento que el miembro tenga de la naturaleza criminal de la organización es, sin embargo, otro asunto. Es posible que no lo supiera en el momento de afiliarse, pero podría haber seguido siendo miembro después de conocer este hecho. Y será imputable no sólo por lo que era de su conocimiento sino también por todo aquello que razonablemente pudo conocer.

Existen salvaguardias para garantizar que este programa se llevará a cabo de buena fe. La acusación hecha en virtud de la declaración es una facultad discrecional, y si existiese propósito de castigo sin juicio, ya se habría efectuado sin esperar la declaración. Creemos que el Tribunal asumirá que las potencias signatarias que voluntariamente se han sometido a este proceso lo llevarán a cabo

fielmente.

La Ley del Consejo de Control sólo se aplica a las "categorías de pertenencia a organización declarada criminal". Este lenguaje reconoce la facultad de este Tribunal para limitar el efecto de su declaración. Por las razones que expondré después, no creo que esto debiera interpretarse o aprovecharse para juzgar ahora cuestiones relativas a sub-grupos o secciones o individuos, las que podrán ser juzgadas posteriormente. Creo que debería interpretarse en el sentido de significar no aquellas limitaciones que pudiesen quedar definidas por una evidencia detallada, sino limitaciones de principio como las que ya están implicadas, tal como he señalado. No se pide a este Tribunal que profundice en la evidencia para así condicionar que su sentencia, si lo considera apropiado, afecte sólo a la pertenencia intencional, voluntaria y consciente. No suplanta los juicios que vengan después, sino que los guía.

No puede decirse que a un plan, como el que aquí tenemos, carezca de sensatez o no sea "juego limpio", por el mero hecho de sus aspectos novedosos. Y si bien presenta inusuales dificultades de procedimiento, no creo que presente dificultades insuperables.

(...)

Las organizaciones que tienen fines criminales son consideradas en todas partes como estando en la naturaleza de las conspiraciones criminales, y su criminalidad es juzgada por la aplicación de los principios de la conspiración. La razón por la que resultan ofensivas a los pueblos que se rige por el derecho ha quedado sucintamente expuesto en la forma siguiente:

"La razón para declarar que existe responsabilidad criminal en caso de una unión para llevar a cabo un fin ilícito o para usar medios ilícitos, aún si el hecho contemplado fuese en la práctica cometido por un individuo, es que una unión de personas para cometer un acto perverso, sea como fin o como medio para alcanzar un fin, es tanto más peligrosa por su mayor poder de causar daño, por ser más difícil protegerse frente a ella e impedir los malvados designios de un grupo de personas que de una sola persona, y por el terror que el temor ante tal unión tiende a crear en las mentes de la gente." (Miller on Criminal Law, 1932, p. 110).

El Estatuto, en su Artículo 6, estipula que "Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos son responsables por todos los actos realizados por todas las personas en ejecución de tales planes". Los acusados individuales están en el banquillo de los acusados por este cargo que, si es probado, los hará responsables de los actos de otros en la ejecución del plan común.

El Estatuto no definió la responsabilidad por los actos de otros en términos de "conspiración" solamente. Los crímenes fueron definidos en términos que no eran técnicos pero sí globales y que abarcaban la formulación y ejecución de un "plan común" así como la participación en una "conspiración". Se temió que hacerlo de otra forma podría introducir en los procedimientos exigencias y limitaciones técnicas que se han desarrollado en torno al término "conspiración". Existen algunas divergencias entre el concepto anglo-americano de conspiración y el de las jurisprudencias soviética, francesa o germana. Lo que se buscó fue que los casos específicos se guiasen por consideraciones más amplias e inherentes a la naturaleza del problema social, más que amparados por formas rebuscadas de alguna ley local.

Ahora bien, excepto por las dificultades de procedimiento que se derivan de la cantidad de sus miembros, no hay razón alguna por la cual cada miembro de cualquier organización nazi aquí acusada no hubiese podido ser procesado y condenado como parte de la conspiración en virtud del

Artículo 6, aún si el Estatuto no se hubiese referido nunca a las organizaciones. La pertenencia voluntaria constituía un acto definido de adhesión a algunos planes y propósitos comunes. Éstos no pretendían ser meramente grupos sociales o culturales; han admitido que se unieron para actuar. En el caso de varias de las organizaciones nazis, el hecho de confederarse quedó evidenciado por la inducción formal a la afiliación, la toma de un juramento, el uso de un uniforme distintivo, el sometimiento a una disciplina. Ha quedado suficientemente establecido que todos los miembros de cada organización nazi sí se habían unido bajo un plan común para alcanzar un propósito mediante esfuerzos aunados.

Los criterios que se usan y se usarán para determinar la culpabilidad colectiva de quienes se adhirieron a un plan común son, obviamente, los mismos que sirven para medir la legalidad de una combinación o conspiración. ¿Contemplaba ésta métodos ilícitos o tenía fines ilícitos? Si así fuese, la responsabilidad de cada miembro de una de estas organizaciones nazis por los actos de cada uno de los restantes miembros no sería básicamente distinta de la responsabilidad por conspiración que se ha hecho valer en tribunales de los Estados Unidos en contra de hombres de negocios que unen sus acciones para infringir la legislación antitrust, o de otros acusados en virtud de leyes antidrogas, actos de sedición u otras leyes penales federales.

(...)

Por supuesto, los miembros de organizaciones criminales o conspiraciones que cometan personalmente crímenes son imputables a título individual por tales crímenes tal como lo son quienes cometan similares delitos sin un respaldo organizativo. Pero lo fundamental en el delito de conspiración o de pertenencia a una organización criminal es la responsabilidad por los actos que una persona no comete personalmente pero que se ven facilitados o instigados por los actos de esa persona. El delito reside en unirse a otros y participar en una acción común ilícita, por inocentes que sean los actos personales del participante al considerárseles por sí mismos.

El aparentemente inocente acto de enviar una carta es suficiente para implicar a una persona en una conspiración si el propósito de la carta es la presentación de un plan criminal. Existen innumerables ejemplos de esta doctrina en la jurisprudencia anglo-americana.

El alcance del derecho que regula la conspiración es una consideración importante a la hora de determinar los criterios de culpabilidad aplicables a las organizaciones. Ciertamente, la responsabilidad indirecta derivada de la pertenencia voluntaria, formalizada mediante juramento, dedicada a un fin organizativo común y a la sumisión a una disciplina y cadena de mando, no puede ser menor que la que se deriva de la colaboración informal con un grupo nebuloso en aras de la consecución de un fin común, que es suficiente en la conspiración. Esto satisface la teoría de que se exigirá a la acusación probar que cada miembro, o cada parte, cada fracción o cada división de los miembros es culpable de actos criminales. La teoría ignora la naturaleza conspirativa del cargo. Tal interpretación reduciría el Estatuto, además, a una ridiculez impracticable. Concentrarse en las investigaciones de un Tribunal Internacional que solicite evidencia tan detallada respecto de cada miembro se convertiría en una tarea cuya consumación no podría llevarse a cabo mientras duren los vivos.

Es muy fácil manejar un cliché tan convincente, aunque superficial, como "Uno debe ser condenado por sus actividades, no por su pertenencia o asociación". Pero esto ignora el hecho de que la pertenencia o afiliación a los órganos nazis era en sí misma una actividad. No era algo que se repartiese como un volante a un pasivo ciudadano. Incluso una pertenencia nominal puede ayudar e incitar muchísimo a un movimiento. ¿Puede creer alguien que Hjalmar Schacht, sentado en la primera fila en el Congreso del Partido Nazi de 1935, usando la insignia del Partido, fue incluido en las películas de propaganda nazi para lograr un efecto artístico solamente? El simple préstamo del

nombre de este importante banquero a esta turbia empresa le dio un impulso y una respetabilidad a los ojos de cada alemán que aún dudase. Es posible que existan instancias en que ser miembro no ayudó ni instigó los fines y métodos de la organización, pero la valoración de situaciones individuales de ese tipo corresponderá a audiencias posteriores y no a este Tribunal. Por lo general, el uso de la pertenencia a una organización es un esbozo rápido y simple, pero al mismo tiempo bastante correcto, de los contornos de una conspiración para hacer lo que la organización efectivamente hizo. Es lo único factible en esta etapa del juicio. No puede resultar en injusticia alguna porque antes de que un individuo pueda ser castigado, él podrá someter los hechos de su propio caso a un examen judicial más detallado.

Aunque el Estatuto no lo contempla específicamente, creemos que en base a principios legales comunes, la carga de la prueba para justificar una declaración de criminalidad corresponde a la acusación. Esto se cumple, creemos, cuando establecemos lo siguiente:

1. La organización o grupo de que se trate deberá ser un grupo de personas asociadas en una relación identificable con un objetivo general colectivo.
2. Si bien el Estatuto no lo declara, creemos que dio a entender que la pertenencia a una organización de ese tipo deberá ser por lo general voluntaria. Y eso no exige prueba de que cada miembro fuese un voluntario. Ni significa que una organización no deberá ser considerada voluntaria si la defensa prueba que alguna fracción menor o algún porcentaje pequeño de sus miembros fue obligado a unirse. El test es de sentido común: ¿Era la organización, en general, una organización a la que las personas podían libremente unirse o permanecer fuera de ella? La pertenencia o afiliación no pasa a ser involuntaria por el hecho de que fuese un buen negocio o una buena política identificarse con el movimiento. La coacción deberá ser del tipo que la ley normalmente reconoce, con lo que las amenazas de represalias políticas o económicas no traerían consecuencias.
3. Los objetivos de la organización deberán ser criminales en el sentido de que fue ideada para llevar a cabo actos denunciados como crímenes en el Artículo 6 del Estatuto. Ningún otro acto autorizaría la condena de un individuo y, por lo tanto, ningún otro acto autorizaría la condena de una organización en relación con la condena del individuo.
4. Los objetivos o métodos criminales de la organización deberán haber sido de tal índole que sus miembros puedan, en general, ser acusados de conocerlos. En este caso, nuevamente, esto no lo exige específicamente el Estatuto. Por supuesto, no le corresponde a la acusación establecer el conocimiento individual de cada miembro de la organización o refutar la posibilidad de que algunos se hubieran unido a ella ignorando su verdadera naturaleza.
5. Alguno de los acusados individuales deberá haber sido miembro de la organización y deberá haber sido condenado por algún acto en base al cual se declare que la organización es criminal.

A la hora de dictar sentencia respecto del Cargo Uno, el plan o conspiración criminal, el Tribunal explica su veredicto del siguiente modo:

En opinión del Tribunal, la conspiración deberá quedar claramente explicada en su objetivo criminal. El Tribunal deberá examinar si existía un plan concreto para llevar adelante la guerra, y determinar los participantes en ese plan concreto.

En opinión del Tribunal, la evidencia establece una planificación común por parte de ciertos acusados para hacer la guerra. Es irrelevante considerar si una única conspiración, en la medida y por el tiempo indicado en el Acta de Acusación, ha quedado probada de forma concluyente. La

planificación continuada, con una guerra de agresión como objetivo, ha quedado establecida más allá de toda duda. La verdad de la situación fue bien declarada por Paul Schmidt, intérprete oficial del Ministerio de Asuntos Externos alemán, como sigue:

"Los objetivos generales de la jefatura nazi fueron evidentes desde el inicio, a saber, la dominación del Continente Europeo, que debía lograrse, en primer lugar, a través de la incorporación de todos los grupos de habla alemana en el Reich, y, en segundo lugar, mediante la expansión territorial bajo la consigna "Lebensraum". El cumplimiento de estos objetivos básicos, sin embargo, parecía estar caracterizado por la improvisación. Cada paso siguiente era aparentemente llevado a cabo cuando surgía una nueva situación, aunque todos ellos eran coherentes con los objetivos finales antes mencionados".

El argumento de que no puede haber una planificación común como esa cuando existe dictadura total es rebatible. Un plan en cuya ejecución participa una cantidad de personas sigue siendo un plan, aún si hubiese sido ideado por una de ellas solamente; y quienes ejecuten el plan, no eluden su responsabilidad demostrando que actuaron bajo las instrucciones del hombre que lo ideó. Hitler no podría haber hecho una guerra de agresión por sí solo. Tuvo que contar con la colaboración de estadistas, de jefes militares, de diplomáticos y de hombres de negocios. Cuando esta gente, en conocimiento de los objetivos de Hitler, le prestó su colaboración, se hicieron a sí mismos partícipes en el plan que había iniciado. No se les puede considerar inocentes porque Hitler les hubiese utilizado, si sabían lo que estaban haciendo. Que un dictador les asignase tareas no les absuelve de responsabilidad por sus actos. La relación de jefe y discípulo no impide responsabilidad en este caso más que lo que lo haría en la tiranía equiparable del crimen doméstico organizado.

El Cargo Uno, sin embargo, abarca, no sólo la conspiración para cometer una guerra de agresión, sino también para cometer Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad. Pero el Estatuto no define la conspiración como crimen separado excepto la conspiración para cometer actos de guerra de agresión. El Artículo 6 del Estatuto dispone:

"Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos son responsables por todos los actos realizados por todas las personas en ejecución de tales planes".

En opinión del Tribunal, estas palabras no suponen un delito nuevo y separado de los ya detallados. Con estas palabras se pretendió establecer la responsabilidad de las personas que participan en un plan común. Por lo tanto, el Tribunal no considerará las acusaciones en el Cargo Uno en el sentido que los acusados conspiraron para cometer Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, y sólo considerará el plan común para preparar, iniciar y hacer una guerra de agresión [200].

Como se ha expuesto, el Tribunal de Nuremberg señala en su sentencia referida a los principales criminales de guerra del Eje, que "Una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en cuanto la esencia de ambas es la cooperación para fines criminales. Debe existir un grupo unido y organizado hacia un propósito común. El grupo deberá estar formado o ser usado en relación con la comisión de los crímenes previstos en el Estatuto."

En consecuencia, el Tribunal declaró criminales, de entre las organizaciones propuestas por la Fiscalía, las siguientes:

1. Los Cuadros del Partido Nazi (Cuerpo de dirigentes del NSDAP)
2. La GESTAPO o policía secreta del Estado
3. Las SS o estafetas de defensa del NSDAP

4. El SD o servicio de seguridad

Organización criminal bajo la Ley 10 del Consejo Aliado de Control.

La Ley 10 del Consejo Aliado de Control se promulgó el 20 de diciembre de 1945 para hacer efectivos los términos de la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943 y el

Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 así como el Estatuto del Tribunal y con vistas a establecer una base legal uniforme en Alemania para el enjuiciamiento de los criminales de guerra y los responsables de crímenes contra la humanidad que no fueron enjuiciados por el Tribunal Militar Internacional. El Consejo Aliado de Control inició sus trabajos el 30 de agosto de 1945 y terminó el 18 de junio de 1948.

El artículo II de esta Ley estableció la responsabilidad penal por pertenencia a organización criminal del siguiente modo:

Artículo II:

"1. Cada uno de los siguientes actos se reconoce como crimen:

(...)

(c) Crímenes contra la Humanidad: Atrocidades y delitos, incluidos pero no limitados a, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, atenten o no contra el derecho interno del país donde fueron perpetrados.

(d) Pertenencia a los grupos u organizaciones declarados criminales por el Tribunal Militar Internacional.

2. Se considera que toda persona, independientemente de su nacionalidad o de la capacidad en que actuó, ha cometido un crimen de los definidos en el párrafo 1 del presente artículo, si esa persona era a) el autor principal o b) era cómplice en la comisión de tal crimen u ordenó o alentó el mismo o (c) lo toleró o (d) estaba vinculada a planes o empresas que implicaban su comisión o (e) era miembro de cualquier organización o grupo vinculados a la comisión de tal crimen o (f) en relación con el párrafo 1 (a), si ocupaba un cargo alto político, civil o militar (incluido el Estado Mayor General) en Alemania o en uno de sus aliados, co-beligerantes o satélites o una alta posición en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de esos países".

Bajo esta Ley 10 se celebraron los llamados procesos de Nuremberg (1947-1949). Se trata de 12 procesos contra los criminales de guerra y de crímenes contra la humanidad instruidos después del proceso de Nuremberg ante el Tribunal Militar Internacional. Los procesos tuvieron lugar en la sede del TMI en Nuremberg, habiéndose adoptado como bases de actuación de los tribunales los principios de Nuremberg.

Estos procesos estaban instruidos contra miembros de determinadas organizaciones dirigentes del III Reich. En aplicación del artículo II transcrito, los individuos pertenecientes a organizaciones criminales como las SS y la Gestapo, fueron consecuentemente enjuiciados por su pertenencia a tales organizaciones.

En el caso conocido como "The Justice Case", Caso de los Funcionarios de Justicia, sustanciado contra altos funcionarios de la administración de justicia, el Tribunal, a la hora de aplicar el

principio de responsabilidad penal por pertenencia a organización criminal, recordó que ciertos grupos de los Cuadros del Partido Nazi, las SS, la Gestapo y la SD fueron declarados organizaciones criminales en la sentencia del TMI. El criterio aplicado para determinar la culpabilidad de los individuos de una organización criminal es el aplicado por el TMI: los miembros de una organización que haya sido declarada criminal "que devinieron o siguieron siendo miembros de la organización a sabiendas de que estaba siendo utilizada para la comisión de actos declarados criminales por el artículo 6 del Estatuto, o que estaban personalmente implicados en cuanto miembros de la organización en la comisión de tales crímenes" son declarados culpables [201].

En este proceso a los funcionarios de justicia el Tribunal explica lo siguiente: "La Ley 10 del CC establece que estamos vinculados a las conclusiones [del TMI] relativas a la naturaleza criminal de estos grupos u organizaciones. Sin embargo, ha de añadirse que la criminalidad de estos grupos u organizaciones ha sido también establecida por las pruebas recibidas para el presente caso. A algunos de los acusados se les imputa el cargo de pertenecer a los siguientes grupos u organizaciones que han sido declaradas, y ahora han sido halladas nuevamente, criminales, a saber: los Cuadros del Partido Nazi, el SD, y las SS. Al abordar estos cargos contra los respectivos acusados, el Tribunal aplicará los criterios de culpabilidad establecidos más arriba " [202].

Con arreglo a este criterio fueron condenados por su pertenencia a organización criminal, entre otros, Josef Altstoetter (Jefe de la División de Derecho Civil y Procedimiento del Ministerio de Justicia del Reich, y Oberfuehrer en las SS) y Guenther Joel (Asesor Jurídico del Ministerio de Justicia del Reich en lo referente a enjuiciamientos penales; Jefe de la Fiscalía de Westphalia en Hamm; Obersturmbannfuehrer en las SS; Untersturmbannfuehrer en el SD).

El Cargo 1 del acta de acusación, relativo al plan común o conspiración, acusa a los acusados, valga la redundancia, de actuar en aras de un plan común, de modo que voluntaria e ilícitamente, y a sabiendas, conspiraron y se pusieron de acuerdo entre sí y con otras personas, para cometer crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en la medida que los acusados ilícita y voluntariamente, y a sabiendas, promovieron, ayudaron, contribuyeron y participaron en la comisión de crímenes contra las personas y bienes, incluyendo saqueo de propiedad privada, asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, torturas, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, y tratos inhumanos y degradantes contra miles de personas.

El acta de acusación declara que el Ministerio de Justicia participó en la ejecución del Decreto promulgado por Hitler "Noche y Niebla", en virtud del cual quienes cometían ofensas contra el Reich o las fuerzas alemanas en los territorios ocupados eran trasladados a Alemania secretamente por la Gestapo y entregados a los Tribunales Especiales para su enjuiciamiento y castigo. Este programa resultó en el asesinato, tortura, detención ilegal y malos tratos de miles de prisioneros. El juicio era secreto y a cargo de tribunales especiales. El paradero de la víctima, el juicio y subsiguiente disposición eran mantenidos en completo secreto para así servir al doble propósito de aterrorizar a los familiares y amigos de la víctima y evitar el recurso a las pruebas, testigos o el acceso a un abogado defensor.

En el caso del acusado Joel, el trabajo de éste contribuyó muy satisfactoriamente a la ejecución del plan de persecución racial y exterminio de polacos y judíos. Ante el tribunal se presentaron algunos de los casos por él sustanciados y revelatorios de que a través de sus funciones como juez aplicaba la política nazi de exterminio. Se aportaron documentos que revelaron que Joel había promovido, contribuido y participado en el plan de Noche y Niebla. Asimismo, quedó acreditado que estaba al corriente a las condiciones en los campos de concentración. Se aportaron pruebas de que continuó siendo miembro del SD y las SS aún a sabiendas del carácter criminal de estas organizaciones.

En el caso del acusado Altstoetter, fue también condenado por su pertenencia a la organización

criminal de las SS. El Tribunal sostuvo que los crímenes cometidos por tal organización revestían tal alcance que nadie en posesión de la inteligencia del acusado, y nadie que hubiera alcanzado el rango de Oberfuehrer en las SS, podría no estar al corriente de estas actividades ilícitas.

Pero el caso más relevante a los efectos del presente escrito es el caso United States v. Otto Ohlendorf, et al. (Caso No. 9), más conocido como Caso Einsatzgruppen. Este proceso acabó siendo conocido como Caso Einsatzgruppen porque la conducta criminal en virtud de la cual se acusaba a todos los procesados se derivaba de sus funciones en cuanto miembros de los Einsatzgruppen. El término alemán "Einsatzgruppen", puede traducirse como "Fuerzas de Tareas Especiales" (o "Grupos de Tareas Especiales" o "unidades especiales"). Cuatro de estas unidades especiales se constituyeron en mayo de 1941, justo antes del ataque alemán sobre Rusia, y fueron establecidas bajo la dirección de Hitler y Heinrich Himmler, Jefe de las SS y de la Policía alemana.

Las unidades fueron organizadas por Reinhardt Heydrich, Jefe de la Policía de Seguridad y del SD (Servicio de Seguridad) y operaban bajo el control directo de la Oficina Principal de Seguridad del Reich (RSHA). El personal de los Einsatzgruppen provenía de las SS, el SD la Gestapo (Policía Secreta del Estado) y otras unidades policiales. La Fiscalía alegó que el propósito básico de los Einsatzgruppen era acompañar al ejército alemán a los territorios ocupados del Este y exterminar a judíos, gitanos, oficiales soviéticos y otros elementos de la población civil tenidos por inferiores "racialmente" o "políticamente indeseables". Aproximadamente un millón de seres humanos fueron víctimas de este programa.

El Caso Einsatzgruppen se sustanció en el Palacio de Justicia de Nuremberg. El acta de acusación se introdujo el 3 de julio de 1947 y la sentencia es de fecha 8, 9 de abril de 1948.

El Cargo 1, Crímenes contra la Humanidad, de que eran acusados los procesados, fue enunciado del siguiente modo:

1. Entre mayo de 1941 y julio de 1943 todos los acusados en esta causa cometieron crímenes contra la humanidad, tal cual aperecen definidos en el artículo II de la Ley 10 del Consejo de Control, en la medida en que fueron los autores principales de, cómplices en, ordenaron, promovieron y consintieron, estaban vinculados con planes e iniciativas que contemplaban, y eran miembros de organizaciones o grupos vinculados a, crímenes y atrocidades, incluyendo pero no limitados a, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, asesinato, exterminio, encarcelamiento, y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, tanto contra nacionales alemanes como de otros países.
2. Los actos, conductas, planes e iniciativas imputados en el parágrafo 1 de este acta, fueron ejecutados como parte de un programa sistemático de genocidio que tenía por finalidad la destrucción de naciones extranjeras y grupos étnicos a través del exterminio por asesinato.
3. Desde mayo de 1941, siguiendo órdenes de Himmler, se formaron fuerzas de tareas especiales conocidas como "Einsatzgruppen" a partir de personal de las SS, el SD, la Gestapo y otras unidades de policía. El propósito básico de estos grupos era acompañar al ejército alemán a los territorios ocupados del Este y exterminar a judíos, gitanos, oficiales soviéticos y otros elementos de la población civil tenidos por inferiores "racialmente" o "políticamente indeseables".
4. Inicialmente se constituyeron cuatro Einsatzgruppen, cada uno de ellos supervisaba las operaciones de un número de unidades subordinadas llamadas "Einsatzkommandos" o "Sonderkommandos". Además, algunos Einsatzgruppen tenían otras unidades para fines especiales. Cada Einsatzgruppen, junto con sus unidades subordinadas, lo componían de 500 a 800 personas. El Einsatzgruppen A, que operaba principalmente en la región

Báltica, incluía los Sonderkommandos 1a y 1b y los Einsatzkommandos 2 y 3. (...)

6. Einsatzgruppe A y las unidades bajo su mando perpetraron asesinatos y otros crímenes que incluyeorn, pero no estaban limitados a, los siguientes:

(A) Durante el período entre el 22 de junio de 1941 y el 15 de octubre de 1941 en Lituania, Letonia, Estonia y la Rutenia Blanca, el Einsatzgruppe A asesinó a 118.430 judíos y 3.398 comunistas. [203]

El tribunal dejó claro que hasta el tiempo de la caída de Alemania la pertenencia a las SS y al SD era totalmente voluntaria. Asimismo, ante la alegación de algunos de los acusados de que se les impidió dejar la organización en un momento posterior, por ejemplo durante la guerra, el Tribunal estableció que esto no era obstáculo alguno para condenarles por pertenencia a organización criminal ya que el consentimiento para entrar en esta organización fue dado voluntariamente al margen de las que hubieran sido las razones de tal decisión. El propio TMI distinguió, al establecer la criminalidad de las SS, entre la pertenencia voluntaria y "aquéllos que habían sido llamados por el Estado". Sólo si este llamamiento obedece a una ley o decreto válidos promulgados por el Estado alemán puede ponerse en duda el carácter voluntario de la pertenencia a la organización criminal.

En lo que se refiere al conocimiento de los actos o fines criminales de la organización, ha de señalarse que es del todo irrelevante el que el miembro en cuestión conociera del carácter criminal de la organización el día en que se unió a la misma. Sin lugar a dudas éste es responsable penalmente si continuó siendo miembro de la misma después de conocido el hecho. No cabe duda de que se le puede condenar, no sólo por lo que sabía, sino por todo lo que razonablemente debiera haber sabido.

En cuanto al conocimiento general de las actividades criminales, basta con exponer las conclusiones siguientes del Tribunal Militar Internacional:

"El Tribunal considera que el conocimiento de estas actividades criminales fue lo suficientemente general como para justificar la declaración de que las SS eran una organización criminal en la medida descrita hasta ahora. Parece que se intentó mantener en secreto algunas fases de sus actividades, pero sus programas criminales fueron tan generalizados e implicaron matanzas a tan gran escala, que sus actividades criminales tienen que haber sido ampliamente conocidas. Más aún, debe reconocerse que las actividades criminales de las SS eran una deducción lógica de los principios que regían su organización" [204].

Por lo tanto, el Tribunal, a la hora de condenar a un acusado por pertenencia a organización criminal tuvo en cuenta el carácter criminal de estas organizaciones ya declarado por el TMI y dos aspectos adicionales: a) que el acusado se hubiera unido a, o continuara siendo miembro de, la organización criminal en cuestión voluntariamente y a partir del 1 de septiembre de 1939, y b) que conociera o estuviera directamente implicado en la comisión de actos declarados criminales bajo el artículo 6 del Estatuto.

Conforme a estos parámetros fueron condenados Otto Ohlendorf y veintiún acusados más.

Los siguientes extractos de la sentencia son definitorios del funcionamiento de los Einsatzgruppen en cuanto Grupos de Tareas dedicados al exterminio de prisioneros de guerra y población civil:

III. Alegato inicial de la Fiscalía.

"Los acusados son comandantes y oficiales de grupos especiales de la SS conocidos como Einsatzgruppen, establecidos con la finalidad específica de masacrar seres humanos por el

hecho de ser judíos, o porque, por algún otro motivo, eran considerados como inferiores. Cada uno de los acusados que está en el banquillo desempeñó un cargo de responsabilidad, o con facultad de mando, en el seno de una unidad de exterminio. Cada uno asumió el derecho a decidir sobre el destino de hombres, siendo la muerte el pretendido resultado de su poder y desprecio. Sus propios informes demostrarán que la masacre cometida por estos acusados no fue dictada por la necesidad militar, sino por esa suprema perversión del intelecto, la teoría nazi de la raza aria. Demostraremos que los hechos de estos hombres uniformados consistieron en la ejecución metódica de planes a largo plazo para eliminar los grupos étnicos, nacionales, políticos y religiosos que eran condenados en la mentalidad nazi. El genocidio, el exterminio de categorías enteras de seres humanos, fue el instrumento primario de la doctrina nazi [205] (...)

Los Einsatzgruppen se formaron en la primavera de 1941. La secuencia de hechos es como sigue:

Anticipando el ataque contra Rusia, Hitler emitió una orden estableciendo que la Policía de Seguridad (SIPO) y el Servicio de Seguridad (SD) tenían ayudar el ejército a dismantelar cualquier método de resistencia detrás del frente de batalla. Como consecuencia, el General de Intendencia del ejército, General Wagner, representando a Keitel, Jefe del Mando Supremo de la Wehrmacht, se reunió con Heydrich, jefe de la Policía de Seguridad y del Servicio de Seguridad. Estos dos hombres llegaron a un acuerdo sobre la implementación, las funciones, el mando y la jurisdicción de unidades de la Policía de Seguridad y del SD dentro del marco del ejército. Para poder cumplir con las tareas bajo la dirección de Heydrich y Himmler, los Einsatzgruppen tuvieron que funcionar en las áreas de operación de la retaguardia y subordinados administrativamente a los ejércitos en campaña.

El motivo por el cual para crear unidades tan reducidas se necesitaron decisiones al más alto nivel militar y administrativo, viene dado por el carácter de su misión. Estas "medidas de seguridad" fueron definidas conforme con los principios de la Policía de Seguridad y el SD, los principios de Heydrich, los principios de terror absoluto y asesinato. Las acciones de los Einsatzgruppen dentro los territorios ocupados pondrán de manifiesto la finalidad por la cual fueron creados.

Al principio se crearon cuatro unidades, cada una asignada a un grupo del ejército. El Einsatzgruppe A fue asignado al Grupo del Ejército del Norte, Einsatzgruppe B al Grupo del Ejército del Centro, Einsatzgruppe C al Grupo del Ejército del Sur y Einsatzgruppe D al Undécimo Ejército Alemán que, a su vez, estaba llamado a convertirse en el núcleo para la formación de un cuarto grupo del ejército después de llegar al Cáucaso. La función de los Einsatzgruppen aquí era la de asegurar la seguridad política de los territorios ocupados tanto en las zonas operativas de la Wehrmacht, como en las zonas de la retaguardia que no estaban directamente bajo administración civil. Estas dos misiones fueron reveladas en una reunión general del personal de los Einsatzgruppen antes del ataque sobre Rusia. En esta reunión Heydrich, jefe de la SIPO y del SD, y Streckenbach, jefe de la oficina de personal de la Oficina Central de Seguridad del Reich (RSHA), explicaron nítidamente que la misión de los Einsatzgruppen se vería cumplida con la exterminio de toda oposición al nacionalsocialismo.

Tampoco se puede decir que los comandantes de las fuerzas armadas desconocían el objetivo de los Einsatzgruppen. El mismo Hitler les informó que la misión de estos grupos de tareas especiales era el exterminio de todos los judíos y comisarios políticos en los territorios asignados. Los Einsatzgruppen dependían del comandante del ejército para su alojamiento, comida y transporte; las relaciones entre las fuerzas armadas y la Policía de Seguridad y el SD eran estrechas y casi cordiales, y los comandantes de los Einsatzgruppen informaban constantemente que el entendimiento que tenían los comandantes del ejército acerca de la tarea de los Einsatzgruppen facilitaba mucho sus operaciones.

Una unidad normal de los Einsatzgruppen la componían entre 500 y 800 personas. Los oficiales de los Einsatzgruppen procedían del SD, las SS, la Policía Criminal (Kripo) y la Gestapo. Las fuerzas alistadas provenían de los Waffen SS, la policía regular, la Gestapo y la Policía reclutada localmente. De ser necesario, los comandantes de la Wehrmacht reforzarían la fuerza de los Einsatzgruppen con su propio personal. Los Einsatzgruppen estaban divididos entre Einsatzkommandos y Sonderkommandos. Estas sub unidades se distinguían solamente por sus nombres. En los casos en que una misión requería sólo un grupo de tareas muy pequeño, los Einsatz o los Sonderkommandos se podían a su vez subdividir en grupos más reducidos conocidos como Teilkommando.

Las actividades de los Einsatzgruppen no se limitaron a la población civil, sino que se extendieron a los campos de prisioneros de guerra, en total violación de la leyes de la guerra. Los soldados estuvieron bajo la supervisión de personal de los Einsatzkommandos en lo que hace a la búsqueda y asesinato de judíos y comisarios políticos. |206| (...)

Se hará patente que seguían métodos comunes en la ejecución de su empresa conjunta.

Lo idéntico del objetivo y del alto mando se reflejaba en un mismo patrón de funcionamiento. Se dispuso de algunas víctimas de manera un tanto improvisada. A los funcionarios políticos se les fusilaba allí donde se les encontrara. Los prisioneros de guerra que caían en la categoría de oponentes al nacionalsocialismo eran entregados por la Wehrmacht a los Einsatzgruppen y asesinados.

Estos métodos rápidos se aplicaban también a la hora de disponer de los judíos, los gitanos y las personas que caían bajo la vaga denominación de "indeseables". Pero estas últimas clases de seres humanos tenidas por blanco de asesinato eran muy numerosas - demasiado numerosas como para poder ocuparse de ellas por la vía del asesinato fortuito. Su cuantía exigía que fueran asesinados en masa. Consecuentemente, hemos hallado planes y métodos que se ajustan a esta necesidad . |207| (...)

TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

(...)

Cada hombre en

el banquillo tenía pleno conocimiento de la finalidad de su organización. No podemos creer que ningún miembro de un grupo involucrado en miles de asesinatos podía ignorar su finalidad criminal. No asumimos la carga de demostrar que cualquiera de los acusados sabía de antemano los contornos precisos del crimen cometido. En ninguna parte del mundo exige la ley semejante obligación. Cada acusado desempeñó un cargo de responsabilidad o mando dentro de una unidad de exterminio. En virtud de su puesto tenía el poder de ordenar ejecuciones. No es concebible que hechos de esta gravedad fueran actos independientes de algunos subordinados despistados . |208| (...)

6. Los Einsatzgruppen tenían las siguientes tareas: Tenían a su cargo todas las tareas de seguridad política dentro de la zona operativa de las unidades del ejército y las zonas de retaguardia en la medida en que éstas últimas no recaían bajo la administración civil. Además tenían la tarea de limpiar la zona de judíos, oficiales comunistas y agentes. Esta última tarea debía cumplirse mediante el asesinato de todos los elementos capturados racial o políticamente indeseables y considerados un peligro para la seguridad . |209| (...)

VII. PRUEBAS Y ARGUMENTOS SOBRE ASPECTOS IMPORTANTES DEL CASO.

2. La magnitud de la empresa. De los documentos contemporáneos sobre este punto, que aparecen en las páginas 141 a 197, un documento relata la matanza de más de 200.000 personas, otro de más 130.000 personas, y otros de más de 91.000 personas, 80.000 personas y 60.000 personas, respectivamente, y algunos documentos relatan la matanza de menor número de personas. El documento aquí reproducido denuncia la matanza de al menos de 10,00 personas.

3. Métodos de ejecución. La fiscalía alega que el exterminio masivo de judíos y otros indeseables se llevó a cabo, en la mayoría de los casos, por fusilamiento, y que también se usaban furgonetas de gas para este fin. Los extractos de las pruebas que obran en poder de la fiscalía sobre este punto, que aparecen en las páginas 198 a 216, incluyen la declaración de un testigo ocular, un comerciante alemán llamado Friedrich Graebe, y declaraciones de varios acusados.

4. Pertenencia a organizaciones criminales. De conformidad con el cargo 3 del acta de acusación, todos los acusados están procesados por su pertenencia a organizaciones declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional, siendo éstas las SS, la SD y la Gestapo respectivamente. La fiscalía presentó como prueba extractos de los archivos originales del personal de las SS. Estos archivos revelan la duración de la afiliación, las promociones, honores, recomendaciones para promoción, etc. de los respectivos acusados. |210| (...)

EXTRACTO DE LA ORDEN OPERATIVA No. 8, 17 JULIO 1941

Antes de efectuar las ejecuciones, los líderes de los Einsatzkommandos deben siempre contactar con los jefes del cuartel regional de la Gestapo que tiene jurisdicción o los comandantes de la zona con competencia en el campo, con referencia a la implementación de tal tarea. Las ejecuciones no se deben efectuar dentro del campo mismo ni en la vecindad inmediata. No son públicas y se deben efectuar con la máxima discreción . |211| (...)

Suplemento - Solicito que los jefes de los Einsatzgruppen intenten ejecutar la purga de los campos de tránsito usando su propio personal. |212| (...)

[Sello] Alto Secreto - Documento Adjunto 2. Berlín, 17 julio 1941 - Oficina IV

Directivas para los Kommandos del Jefe de la Policía de Seguridad y el Servicio de Seguridad para su aplicación a los campos permanentes de prisioneros de guerra [Stalags].

Las funciones de los Kommandos se establecerán de conformidad con el acuerdo entre el jefe de la policía de seguridad y el servicio de seguridad y el Mando Supremo de las Fuerzas Armadas de 16 de julio de 1941. (Ver doc. adjunto 1)

Dentro del marco regulatorio de los campos, los Kommandos están operando independientemente en virtud de autorización especial y de conformidad con las directrices generales que les han sido emitidas. Se entiende que los Kommandos mantendrán el contacto más estrecho posible con el comandante del campo y el oficial de contra inteligencia adjunto.

La tarea de los Kommandos consiste en la investigación de los antecedentes políticos de todos los reclusos del campo y la segregación y tratamiento ulterior de:-

- a. elementos que son indeseables por motivos políticos, criminales o de otra índole,
- b. aquellas personas que puedan ser utilizadas en la reconstrucción de los territorios ocupados.

A los Kommandos no se les puede facilitar ayuda alguna en el cumplimiento de sus funciones. El "Registro Alemán de Personas Buscadas", la "lista compilada por la Oficina para las Investigación de Domicilios", y el "Registro Especial de Personas Buscadas U.R.S.S." no servirán de mucho en la mayoría de los casos; el "Registro Especial de Personas Buscadas, U.R.S.S." no es suficiente porque sólo una proporción muy reducida de los rusos soviéticos clasificados como peligrosos aparecen en dicho registro.

Los Kommandos, por lo tanto, tendrán que depender de su conocimiento especializado y su capacidad, de sus propias pistas y su propia experiencia. Por este motivo no podrán comenzar su tarea hasta que hayan acumulado suficiente material.

Ahora y también después, los Kommandos, mientras cumplen sus tareas, utilizarán al máximo posible, la experiencia que los comandantes de los campos han acumulado en base a la observación de los presos y los interrogatorios de los internos de los campos . |213| (...)

Observaciones realizadas y medidas adoptadas por la Policía de Seguridad

A parte de la minuciosa liquidación de la organización del Partido y las operaciones encaminadas a limpiar el país de judíos, que constituyen el peor factor de desintegración, las operaciones ejecutivas del Einsatzgruppe C en estos momentos incluyen, especialmente, la lucha contra los elementos políticos molestos, desde la banda bien organizada y el francotirador individual, hasta el alcahuete sistemático.

No obstante, dado que, principalmente en los pueblos grandes, las cada vez mayores tareas de seguridad no pueden ser resueltas sólo por los Einsatzkommandos, ya que son demasiado débiles para ello, se atribuye cada vez más importancia a la creación y organización de un servicio de policía regular. A estos efectos, se están empleando ucranianos especialmente fiables, bien investigados; también se ha puesto en marcha con mucho éxito una red de agentes confidenciales, en su mayoría compuesta de alemanes étnicos. |214| (...)

En Kirovo el desarrollo es tal que los hombres alistados para esta finalidad ya cobran sueldo de la municipalidad con cargo a fondos originados en bienes capturados a los judíos y también reciben su parte en la explotación de una pequeña granja que les ha sido asignada . |215| (...)

En lo que se refiere a la relación entre los Einsatzgruppen y sus Kommandos con otros cargos y autoridades, la relación con la Wehrmacht es particularmente digna de atención. Desde el principio los Einsatzgruppen consiguieron establecer relaciones excelentes con todos los cuarteles del ejército . |216| (...)

Sólo en relación con el problema judío tardó en llegar el entendimiento completo con las oficinas subordinadas de la Wehrmacht, habiéndose producido éste hace relativamente poco . |217| (...)

Estas dificultades probablemente han sido superadas ahora con una nueva orden del OKW (Mando Supremo de las Fuerzas Armadas), porque consta claramente en esta orden que la Wehrmacht tiene que colaborar en la solución de este problema, y que han de ser otorgados los permisos necesarios a los SD en toda su amplitud...

No hubo ninguna dificultad como consecuencia de la colaboración con la GFP (Policía Secreta de Campo). Claro, se podía observar que la GFP manejaba preferentemente los asuntos sólo en lo que hace a la policía de seguridad - supuestamente por la falta de otras tareas. Sin embargo, estos defectos siempre se eliminaban tras ser consultados . |218| (...)

Durante el periodo que cubre este informe, el Einsatzkommando 8 incautó 491.705 rublos más, además de 15 rublos de oro. Esto se registró en los libros y pasaron a la administración del Einsatzkommando 8. El total de los rublos adquiridos hasta la fecha por los Einsatzkommando alcanza los 2.511.226 rublos . |219| (...)

TESTIMONIO BAJO JURAMENTO DE ADOLF OTT, 24 ABRIL 1947

3. El 15 de febrero de 1942 me destinaron al Sonderkommando 7b del Einsatzgruppe B. Me convertí en jefe de este Kommando y sucedí al Teniente Coronel Rausch. Mi ayudante era Dr. Auniger. Cuando dejé el Kommando en enero de 1943, me sucedió Obersturmbannfuhrer Georg Raabe. Entre otras cosas, participé en la operación conocida como "Eisbaer", bajo la dirección del Coronel (Ejército) Ruebsam. Esta operación tuvo como misión combatir las bandas (guerrilleras) en la región de Bryansk.

4. Durante el tiempo en que lideré el Kommando 7b, este Kommando llevó a cabo de 80 a 10 ejecuciones. Recuerdo una ejecución que sucedió en el vecindario de Bryansk. El comandante de la zona entregó a mi unidad la gente que había que ejecutar. Los cadáveres fueron enterrados provisionalmente en la nieve y luego enterrados por el ejército. Los objetos de valor recolectados a esta gente fueron enviados al Einsatzgruppe B, lo mismo con las otras ejecuciones...

7. En junio de 1942, sin haber recibido orden alguna en este sentido, abrí un campo de internamiento en Orel. En mi opinión, no se debe fusilar a la gente inmediatamente por haber cometido infracciones sin importancia. Por este motivo les interné en este campo, donde la gente tenía que trabajar. Yo decidía el tiempo que la gente tenía que trabajar. Yo decidía cuánto tiempo la gente tenía que permanecer en el campo sobre la base de los interrogatorios e investigaciones de los casos individuales que realizaba el Kommando. Sucedió también que se liberó a algunas personas. El número mayor de internos que tuve en este campo fue de 120 personas.

8. Me consta que, además de mi unidad, había otras unidades que realizaban ejecuciones en las proximidades de Orel y Bryansk. Por ejemplo, la Policía Secreta de Campo, bajo el liderazgo del Comisario de lo Criminal Kukafka y el Grupo de Contra Inteligencia Widder realizaron ejecuciones frecuentes . |220| (...)

Se desprende claramente de esta sentencia que los Allgemeine SS y las SS y el SD siguieron siendo organizaciones la pertenencia a las cuales era voluntarias hasta el colapso de Alemania. Como consecuencia, los intentos de los acusados por demostrar que eran miembros "involuntarios" de las SS contradicen las disposiciones vinculantes de la Ley No. 10 y de la Ordenanza No. 7.

Las pruebas han demostrado que todos los acusados fueron oficialmente admitidos como miembros de las SS y habían sido miembros de los Allgemeine SS y el SD. Las pruebas también corroboran que se hicieron, o permanecieron siendo, miembros de las SS a sabiendas de que esta organización "se utilizaba para la comisión de actos declarados criminales por Artículo 6 del Estatuto", y que habían desempeñado varios cargos, personalmente involucrados, en cuanto miembros de las SS, en la comisión de tales crímenes. Ninguno de los acusados ha probado que fue destinado a las SS de tal manera que no tuvo otra alternativa (comparar los escritos de la fiscalía contra los acusados individuales). Queda claro que la pertenencia a una organización criminal no deviene involuntaria por el mero hecho de que pudiera suponer un buen negocio o ser buena política identificarse con el movimiento nazi. Sólo podría considerarse como obligatoria la de alistamiento a las SS emitida por el Estado; las amenazas de represalia política o económica no constituirían razón suficiente.

Tampoco cambiaría el carácter voluntario de su pertenencia el hecho de que a algunos de los

acusados les hubiera sido supuestamente impedido salir de la organización en un momento posterior, por ejemplo, durante la guerra. El consentimiento de entrar a formar parte de esta organización fue otorgado voluntariamente, sean cuales fueren los motivos de dicha decisión. Si este argumento de algunos de los acusados (que se convirtieron en miembros involuntarios de una organización criminal - a pesar de pertenecer a ella voluntariamente - debido a que después les fue vedado abandonarla), tuviera validez como defensa, las disposiciones de la ley No.10 del Consejo Aliado de Control y del Estatuto, así como numerosas partes de la Sentencia del Tribunal Militar Internacional, carecerían de sentido. Que dicho argumento no tiene ningún valor resulta sumamente claro en la Sentencia del Tribunal Militar Internacional, la cual, en el caso de las SS, distingue expresamente entre miembros voluntarios y "quienes fueron llamados a filas por el Estado". El criterio para determinar la pertenencia involuntaria, por lo tanto, sólo puede sustentarse en que el individuo que alega haber sido un miembro involuntario fue destinado a las SS por el Estado, de forma tal que no tuvo elección. Dicho llamamiento a filas sólo se podría haber efectuado sobre la base de una ley u orden vigente del Estado Alemán. Los acusados no han demostrado tal cosa.

En lo que hace al conocimiento de la finalidad o actos criminales de la organización, ha de señalarse que es completamente irrelevante si el miembro sabía del carácter ilegal de la organización el día en que se unió a la misma. Sin lugar a dudas es responsable penalmente si continuó siendo miembro tras enterarse del hecho. Es indiscutible que puede ser acusado, no sólo por lo que sabía, sino por todo lo que, razonablemente, debería haber sabido . |221| (...)

ACUSADO OHLENDORF: Ya he explicado que las unidades de los Einsatzgruppen eran básicamente órganos auxiliares del oficial de inteligencia. El ámbito funcional definitivamente establecido debía lograr una colaboración segura con el ejército. Éste fue el marco general de la orden y dentro del marco de esta orden estaba la que frecuentemente se ha debatido aquí, esto es, la liquidación de ciertos grupos de personas para conseguir el objetivo de garantizar la seguridad dentro de este territorio. Mi autoridad consistía en salvaguardar las líneas de comunicación del ejército y también la policía de seguridad y en decidir si los Einsatzgruppen debían realizar dichas ejecuciones o no. Recaía fuera de mi autoridad el detener a los Einsatzkommandos cuando llevaban a cabo tales ejecuciones, ya que era ésta la orden básica que venía del Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y no estaba entre las facultades conferidas a los jefes de unidad. Mi autoridad sólo consistía en ejecutar estas órdenes, o sea, empezaba cuando decidía de qué manera habían de llevarse a cabo estas órdenes, lo cual se consideraba como la principal función de seguridad. Las órdenes emitidas por el Alto Mando en este sentido demuestran que yo nunca exploté la autoridad de adoptar medidas encaminadas a garantizar la seguridad en estas áreas. |222|(...)

El precedente alemán en lo que hace a la Doctrina de las Órdenes Superiores.

... Ningún soldado debería sentirse humillado por no participar en una batalla contra un enemigo sin defensa. No se podría acusar a ningún soldado de cobardía por haber evitado un deber que, después de todo, no es el deber de un soldado. No se puede considerar que un soldado u oficial que intenta escaparse de semejante tarea esté intentando eludir una obligación militar. Sencillamente está pidiendo que no lo conviertan en asesino. Si los líderes de los Einsatzgruppen hubieran indicado su falta de voluntad para desempeñar el papel del asesino, esta página oscura en la historia alemana no habría sido escrita . |223| (...)

Si la historia ha enseñado algo, ha demostrado en términos devastadores, que la mayoría del mal del mundo se ha debido al servilismo cobarde de personas subordinadas a hombres quiénes, a través de una ambición sin límite y sin conciencia, han diseñado planes que, propuestos por cualquier otro, habrían sido rechazados por aberrantes.

La dictadura en la conducción del gobierno sólo puede conducir al desastre porque cualquier

beneficio derivado de un control centralizado se pierde en el daño infinito que inevitablemente sigue a la falta de responsabilidad. Que la autoridad y el poder sin límite son males que destruyen el juicio y la razón es un hecho demostrable y tan contundentemente establecido como cualquier fórmula química ensayada y probada en un laboratorio. La genialidad del verdadero gobierno democrático reside en que a nadie le está permitido decidir conducir a la nación con sus millones de personas a un destino fatídico sin el consejo y el acuerdo de quienes están sometidos a los peligros, las privaciones y las consecuencias potencialmente fatales de esta decisión . [224]

Con posterioridad a los juicios de Nuremberg, los llamados "Principios de Nuremberg", publicados oficialmente por las Naciones Unidas en 1950, recogieron también este tipo de responsabilidad penal individual derivada de la participación en un plan común que implique la comisión de:

Principio VI. Los crímenes que se enumeran a continuación son punibles bajo el Derecho Internacional:

(...)

b) Crímenes de guerra; a saber:

Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitante, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles en territorios ocupados, o que en ellos se encuentren; el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o personas en el mar; la matanza de rehenes; el saqueo de la propiedad pública o privada; la destrucción incondicional de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c) Crímenes contra la Humanidad; a saber:

El asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, o las persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar cualquier delito de guerra, o en relación con tales delitos.

Principio VII. La Complicidad en la perpetración de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la Humanidad de los enumerados en el Principio VI es un crimen bajo el Derecho Internacional [225].

Como se ha expuesto, después de Nuremberg, la responsabilidad por pertenencia a organización criminal ha sido aplicada con otra terminología, principalmente por el TPIY.

También los tribunales argentinos han aplicado esta doctrina del plan común encaminado a la comisión de crímenes contra la humanidad bajo la figura de asociación ilícita. Así lo han hecho en sendos casos referidos al General Videla [226] y a Enrique Lautaro Arancibia Clavel [227].

En sentencia recaída en la Causa Nro. 33714 "Videla, Jorge R. s/procesamiento", de fecha 23 de mayo de 2002, el juez Federal Gabriel Rubén Cavallo dispuso:

"El hecho ilícito de tomar parte en una organización criminal para cometer crímenes contra la humanidad no sólo fue tenido en consideración por el Tribunal Internacional de Nüremberg y, posteriormente, por los tribunales militares y nacionales que funcionaron bajo el imperio de la Ley Nro. 10 del Consejo de Control Aliado, sino que también fue tenido en cuenta en el caso Eichmann,

quien fue condenado por un tribunal nacional por el hecho de haber integrado la "SD", las "SS" y la "Gestapo" (cfr. "Attorney General of Israel v. Eichmann", 36, I.L.R. 18, 39, cargos 13 a 15 de la acusación, y puntos resolutive 14, 15 y 16 de la sentencia. El texto de esta sentencia fue consultado en el sitio <http://www.ess.uwe.ac.uk>).

Por lo expuesto, no quedan dudas acerca de que el delito de asociarse con fines criminales, que nuestro Código Penal prevé en el Capítulo II del Título VIII, tiene su correlato en el derecho penal internacional. En otras palabras, el asociarse con el propósito de cometer crímenes contra la humanidad es una conducta prohibida por el derecho de gentes y, por lo tanto, corresponde darle el mismo tratamiento que se explicitó en el punto II de la presente resolución.

Por los argumentos expuestos, se confirmará el procesamiento de Videla con relación a la imputación de asociación ilícita, sin perjuicio de la calificación que en definitiva corresponda."

Asimismo, el Juez Federal Juan José Galeano, en sentencia de 16 de agosto de 2002, en el caso Arancibia Clavel, se pronunció en el siguiente sentido:

"... entiendo que el delito de asociación ilícita, cuando es ejecutado por el Estado desde sus propias organizaciones de poder, debe ser considerado un crimen contra el derecho de gentes.

Uno de los requisitos ineludibles para que el delito de asociación ilícita pueda integrar dicha categoría de ilícitos es que la organización tenga el propósito de cometer crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o cualquier otro crimen contra el derecho internacional. Por ello, deben considerarse excluidas de esta categoría a aquellas organizaciones criminales que no tengan por objeto la comisión de tales ilícitos.

Como sucede con cualquier otro crimen contra la humanidad, la organización debe necesariamente contar con la participación del estado o, al menos, debe actuar con la tolerancia del poder político (sea este de iure o de facto) y debe integrar un plan de ataque masivo y sistemático contra una población civil (cfr. Gil Gil, Alicia, "Derecho Penal Internacional", Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 106 y ss; y Ratner y Abrams, "Accountability...", op. cit, p. 46 y ss.).

Con relación a este tema, la Sala I en el fallo Videla Jorge sostiene "En el fallo recién citado se omitió considerar lo normado en los art. 9, 10 y 11 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, a pesar de que dichos artículos otorgan elementos importantes para evaluar al delito de asociación ilícita como un crimen contra el derecho internacional. A su vez, resulta relevante para el análisis del caso traer a colación lo resuelto en la sentencia dictada por el mencionado Tribunal Internacional en punto al tema estudiado, dado que constituye un aporte insoslayable para sostener que el delito de asociación ilícita, cuando cumple con los parámetros ya señalados, constituye un crimen reprimido por el derecho internacional.

El art. 9 establece: "En el juicio de cualquier individuo miembro de un grupo o de una organización, el Tribunal podrá declarar (en conexión con cualquier acto por el cual el individuo fuera convicto) que el grupo o la organización a la cual el individuo pertenecía era una organización criminal. Después de recibida la acusación, el Tribunal hará conocer en la forma que lo creyere conveniente, que el ministerio público se propone pedir al Tribunal una declaración a ese efecto, y cualquier miembro de la organización tendrá derecho a solicitar del Tribunal que se le oiga con respecto al carácter criminal de la organización. El Tribunal podrá admitir o rechazar la petición. En caso de que fuera admitida, el Tribunal dispondrá la forma en que los peticionarios serán representados y oídos".

Seguidamente, el art. 10 establece: "En el caso de que una organización o grupo fuera declarado

criminal por el Tribunal, la autoridad nacional competente de cada Signatario tendrá derecho para someter a juicio de tribunales nacionales, militares o de ocupación, a individuos que hayan sido miembros de aquel grupo o de aquella organización. En estos casos el carácter criminal del grupo o de la organización se considerará probado y no podrá ser discutido"

Finalmente, el art 11 dispone: "Cualquier persona condenada por el Tribunal Internacional puede ser llevada ante una Corte nacional, militar o de ocupación, mencionada en el art. 10 de esta Carta, por otro crimen que no sea el de haber sido miembro de un grupo o de una organización criminales, y dicha Corte podrá después de haberle declarado culpable, imponerle una pena independiente o adicional a la pena impuesta por el Tribunal Internacional por la participación en las actividades criminales de ese grupo o de esa organización" (la traducción de estos artículos está tomada de Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., p. 1234).

Por lo expuesto, no quedan dudas acerca de que el delito de asociarse con fines criminales, que nuestro Código Penal prevé en el Capítulo II del Título VIII, tiene su correlato en el derecho penal internacional.

En otras palabras, el asociarse con el propósito de cometer crímenes contra la humanidad es una conducta prohibida por el derecho de gentes y, por lo tanto, aplicable e imprescriptible.- "

Conclusión:

Los grupos paramilitares son grupos con finalidad delictiva, entre otras, la comisión de actos que constituyen crímenes contra la humanidad y por eso pueden ser declarados "Empresas criminales conjuntas". Como consecuencia, la responsabilidad penal individual de sus miembros puede ser determinada por el hecho de la pertenencia voluntaria a esas organizaciones con finalidad delictiva.

Los crímenes fruto de la aplicación del plan de la empresa criminal conjunta, es decir, los crímenes contra la humanidad, son imprescriptibles, no amnistiables, a sus responsables no se les puede otorgar asilo político ni refugio, están sujetos al principio de la jurisdicción penal universal y no están sometidos al principio de cosa juzgada. Su prohibición es una norma de derecho internacional de la mas alta jerarquía, esto es, de ius cogens.

II.2 .- Responsabilidad penal individual en base al principio de "responsabilidad del superior" ("Command responsibility").

Dado el carácter sistemático, esto es, con arreglo a un plan común, y dada el carácter generalizado de los actos de tortura, detenciones arbitrarias, asesinato, exterminio y desapariciones forzadas persecución y saqueo y apropiación de bienes cometidos contra la población civil en Colombia, tales actos se elevan a la categoría de crímenes contra la humanidad, crímenes que son imputables no sólo a los ejecutores directos de los mismos, sino también a aquéllas autoridades militares y civiles (tanto cargos electos como funcionarios) con jurisdicción en las áreas de comisión de tales crímenes.

El no impedir, ni investigar ni castigar los actos ilegales cometidos por los subordinados o por personas o grupos de personas sobre las que se tiene un control de facto, teniendo conocimiento de los mismos, acarrea responsabilidad penal en aplicación del principio de responsabilidad del superior.

Por tanto, la responsabilidad penal por la comisión de actos ilegales puede darse no sólo por acción, sino también por omisión, cuando se trata de personas que están en una posición en virtud de la cual

tendrían que haber impedido la perpetración de los crímenes, o al menos, haber propiciado la investigación y, de ser el caso, el castigo de los responsables.

El principio de responsabilidad del comandante ("command responsibility") es un principio reconocido en el derecho internacional e impregna también los códigos militares de los países y naciones civilizadas, pues no podrían existir los ejércitos sin una disciplina que reprima los actos ilegales cometidos por sus miembros, tanto por acción como por omisión, resultando esencial la supervisión que los superiores han de realizar de los actos de los subordinados. De no ser así, sería difícil distinguir una tropa de una vulgar banda de malhechores o de un grupo armado terrorista.

Concepto.

El concepto de responsabilidad del mando, en sentido amplio, abarca dos vertientes. En primer lugar, afecta a la responsabilidad del comandante o persona investida de mando, que ordena a un subordinado cometer un acto ilegal, como por ejemplo cualquiera de los actos que constituyen crímenes contra la humanidad a tenor de su carácter sistemático y su comisión a gran escala.

Contempla también la alegación del subordinado de falta de responsabilidad ante una infracción, porque actuaba de acuerdo con las órdenes, o con lo que presumía eran los deseos de su comandante, alegación conocida comúnmente como "cumplimiento de órdenes superiores" u "obediencia debida".

En sentido estricto pues, la doctrina de la responsabilidad de los superiores o del mando, dispone que los mandos militares son responsables de los actos de sus subordinados. Si tales subordinados cometen violaciones de las leyes o usos de la guerra, o actos que por su carácter resulten en crímenes contra la humanidad, y si los superiores jerárquicos no llevan a cabo acción alguna para impedir o castigar tales crímenes, esos superiores también son responsables de tales actos.

La sentencia de la Sala de Primera Instancia (II) del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de fecha 16 de noviembre de 1998, en el caso conocido como Celebici, sintetiza el concepto del siguiente modo:

"El hecho de que los comandantes militares y otras personas que ocupen cargos investidos de autoridad en base a una jerarquía, puedan ser declarados penalmente responsables de la conducta ilegal de sus subordinados, es una norma ya establecida tanto en derecho internacional consuetudinario como convencional. Esta responsabilidad penal puede surgir, bien de los actos positivos del superior (lo que se suele denominar responsabilidad del comandante "directa") o de sus omisiones culposas (responsabilidad del comandante "indirecta" o strictu sensu). Por tanto, un superior puede ser tenido por penalmente responsable, no sólo por ordenar, instigar o planificar los actos criminales que lleven a cabo sus subordinados, sino también por no haber adoptado las medidas encaminadas a impedir o reprimir la conducta ilegal de sus subordinados." [228]

Esta doctrina, si bien ganó notoriedad después de la II Guerra Mundial, no es algo nuevo. Asimismo, ha sido y está siendo aplicada tanto por tribunales militares como ordinarios de distintos países . [229]

Desarrollo histórico y jurídico del principio de responsabilidad del mando o responsabilidad del comandante [230].

Los orígenes del concepto de responsabilidad del comandante se remontan al menos hasta el año 500 a.c., cuando Sun Tzu se refirió al mismo en su obra "El arte de la guerra".

Se encuentra ya recogido en una Ordenanza de 1439, dictada por Carlos VII de Francia y mediante la cual se responsabilizaba a los capitanes y tenientes de los abusos cometidos por los miembros de su tropa. Esta norma disponía que se haría responsable a cada capitán o teniente de los abusos, males y delitos cometidos por los miembros de su compañía, y que tan pronto aquéllos recibieran quejas relativas a tales fechorías o abusos, debían poner al infractor a disposición de la justicia para su castigo. De no proceder de este modo, o si encubriera la fechoría o retardase su actuación, o si, por su negligencia o de cualquier forma, el infractor escapase evadiendo así el castigo, el capitán será considerado responsable del delito tal como si lo hubiese cometido él mismo, y deberá ser castigado de la misma manera en que debiera haberlo sido el infractor [231].

También Gustavo Adolfo de Suecia, en 1621, promulgó legislación condenatoria de los coroneles y capitanes que dieran órdenes que implicaran la comisión de actos ilícitos por parte de sus soldados: "Ningún Coronel o Capitán ordenará a sus soldados la comisión de actos ilícitos; quien así lo haga, será castigado de acuerdo con el criterio de los Jueces " [232].

Hugo Grocio, considerado como el padre del derecho internacional, reconoció este principio en su *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (1625).

En cuanto a los Códigos modernos, puede hallarse una versión abreviada del concepto en el Artículo 71 del Código de Lieber, que regulaba la conducta de las tropas estadounidenses durante la Guerra Civil y que fue expresamente ampliado para ser aplicado incluso a personal capturado: "Quien intencionalmente inflija heridas adicionales a un enemigo que ya estuviere totalmente incapacitado, o matare a ese enemigo, o quien ordenare o iniciare a los soldados a hacerlo, se verá sometido a la pena de muerte, caso de haber sido condenado debidamente, ya sea miembro del Ejército de los Estados Unidos o un enemigo capturado después de haber cometido sus fechorías " | 233].

Este principio se aplicó también a Napoleón al haber violado el acuerdo por el cual se le envió al exilio y considerarse que hizo caso omiso de la ley humanitaria.

En el período de posguerra que siguió a la I Guerra Mundial se hizo evidente que quienes detentaran posiciones de autoridad, tanto militar como civil, debían ser un ejemplo de buena conducta para quienes se encontraran bajo su mando, y, por tanto, sus acciones debían estar sometidas a algún tipo de responsabilidad penal.

Tras la I Guerra Mundial se estableció una Comisión por parte de las potencias aliadas con la finalidad de examinar la responsabilidad de los oficiales alemanes: "Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties". Esta Comisión consideró que se podía establecer la responsabilidad de los superiores por los crímenes de sus subordinados si se daba la combinación de tres factores: poder de intervención, conocimiento de los crímenes y subsiguiente omisión. La Comisión concluyó: "Todas las personas que pertenezcan a países enemigos, por altos que fuesen sus cargos, sin distinción de rango, incluyendo a Jefes de Estado (Mayor), que hayan sido culpables de delitos contra las leyes y usos de la guerra o las leyes de la humanidad, están sujetos a enjuiciamiento penal " [234].

A pesar de la disconformidad de los Estados Unidos y de Japón, el último arguyendo que los oficiales de alto rango no pueden considerarse individualmente responsables bajo el derecho internacional de conformidad con la teoría de responsabilidad por omisión, en los juicios sustanciados ante la Corte Suprema Alemana en Leipzig, se reconoció la existencia de deberes concretos propios de los comandantes militares. En las Convenciones de La Haya IV (1907) y X (1907) se pueden hallar los antecedentes de los procesos de Leipzig, que contemplaban respecto de las personas en posición de mando deberes afirmativos en relación con la conducta de los

subordinados, estableciendo así la doctrina de la "responsabilidad del mando".

Es decir, la primera obligación dimanante de un tratado por la que un superior es susceptible de incurrir en responsabilidad penal individual por violaciones al derecho humanitario se encuentra en el art. 3 de la IV Convención de La Haya de 1907 (Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, H.IV): "La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada". Y, a su vez, el anexo a esta Convención, esto es, el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R), establece: "Art. 1. Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: 1. Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; (...)".

Previamente, en 1902, el Brigadier-General Jacob H. Smith había sido separado del servicio activo por el Presidente Roosevelt al considerar que, en el ejercicio de su mando, dio órdenes ilícitas a sus subordinados. Se hace alusión al mismo también en la Convención de la Cruz Roja de 1929, y fue claramente articulado en el Tratado de Versalles. Algunos juristas consideran que ya en la Segunda Guerra Mundial esta doctrina había pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario.

Los procedimientos que siguieron a la II Guerra Mundial generaron una abundante jurisprudencia en apoyo de esta doctrina, y sirvieron también para dar forma a su contenido.

El caso Yamashita.

No fue hasta el caso Yamashita, sustanciado ante un Comité Militar estadounidense en Manila, al término de la Segunda Guerra Mundial, cuando la responsabilidad del mando por omisión fue considerada plenamente.

El General Tomoyuki Yamashita fue el general al mando del 14º Grupo del Ejército Imperial Japonés en las Filipinas, cargo que simultaneó con sus funciones como Gobernador Militar de las Islas Filipinas desde Octubre de 1944 hasta que el control total de las islas fuera asumido por las fuerzas estadounidenses en septiembre de 1945. En el ocaso de la II Guerra Mundial las tropas al mando del Gral. Yamashita cometieron numerosas atrocidades contra la población civil de las Filipinas. Tras la rendición incondicional de Japón a los Estados Unidos, al término de la guerra, el Gral. Yamashita se rindió también a las tropas estadounidenses presentes en el país, e inmediatamente devino prisionero de guerra. Fue detenido por el Ejército de los Estados Unidos en las Filipinas.

Yamashita fue acusado de haber "ignorado ilícitamente y no haber cumplido con su deber, como comandante, de controlar las operaciones de los miembros del ejército bajo su mando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades y otros crímenes graves contra personal de los Estados Unidos y sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas, y ... violó con ello las leyes de guerra" [235].

En su acta de acusación se incluía el hecho de que las tropas bajo su mando se embarcaron en un "plan deliberado para masacrar y exterminar a una vasta parte de la población civil de la Provincia de Batangas, como resultado de lo cual más de 25.000 hombres, mujeres y niños, todos ellos civiles no combatientes desarmados, serían brutalmente maltratados y asesinados". Yamashita fue juzgado ante un comité militar compuesto por cinco oficiales del Ejército de los Estados Unidos. Alegó que él no se vio personalmente involucrado en los actos criminales cometidos por las tropas japonesas, que no ordenó la comisión de tales actos y que carecía de control sobre las tropas bajo su mando.

La defensa arguyó que el éxito alcanzado por las operaciones americanas había virtualmente cortado las líneas de comunicación de Yamashita, haciendo imposible el contacto con sus fuerzas, pero el Presidente del Comité Militar que juzgaba a Yamashita declaró: "La acusación presentó pruebas que demuestran que los crímenes fueron tan amplios y generalizados, tanto en relación con el tiempo como con la zona en que fueron cometidos, que deben haber sido intencionalmente permitidos por parte del acusado, o secretamente ordenados por el mismo. Las órdenes captadas, que fueron emitidas por oficiales subalternos del acusado, fueron presentadas como prueba de que ordenaban, al menos, ciertos actos directamente conducentes al exterminio de civiles bajo el disfraz de eliminar las actividades de las guerrillas hostiles al Japón..."

Es decir, si bien no se alegó que Yamashita hubiera emitido de hecho las órdenes ilegales, el comité militar estadounidense consideró que la notoriedad pública de los crímenes era tal que el acusado debía haber sabido de ellos y no actuó para prevenirlos ni para castigar a los responsables.

El Comité lo halló culpable tras oír el testimonio de doscientos ochenta y seis testigos. Tras su condena, Yamashita presentó una petición de habeas corpus ante la Corte Suprema de la Commonwealth de las Filipinas, instancia que denegó en su totalidad tal petición, apelando entonces el General a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En el fallo que la Corte Suprema dictó en febrero de 1946, ésta articuló un claro estándar aplicable a los comandantes militares en relación con los actos de sus subordinados. Respondiendo a la aseveración del General Yamashita de que él no tuvo participación directa ni ordenó la comisión de tales crímenes, la Corte describió la esencia de la acusación como "una infracción ilegal del deber del General Yamashita, en cuanto comandante del ejército, de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando permitiéndoles de este modo la comisión de atrocidades importantes y a gran escala".

La Corte reconoció que el derecho internacional, a través de las leyes de la guerra, "presupone que [las violaciones a las leyes de la guerra] han de evitarse mediante el control de las operaciones por parte de los comandantes, quienes, hasta cierto punto, son responsables por sus subordinados". La Corte consideró que de no existir tal deber sobre los comandantes, nada impediría que las fuerzas de ocupación cometieran atrocidades sobre la población civil. La Corte sostuvo que sobre el General Yamashita, en virtud de su cargo como comandante de las fuerzas japonesas en las Filipinas, pesaba el "deber afirmativo de adoptar cuantas medidas estuvieran a su alcance y resultaran apropiadas, dadas las circunstancias, para proteger a los prisioneros de guerra y a la población civil". La petición del Gral. Yamashita fue denegada y fue ejecutado por los militares de los Estados Unidos.

El condenado era un oficial con largos años de experiencia, con amplio margen de actuación, que había ejercido cargos importantes y deberes en el estado mayor del ejército imperial japonés, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Como es lógico, la misión de comandar tropas militares va acompañada de amplia autoridad y fuerte responsabilidad. Esto ha sido cierto para todos los ejércitos a través de la historia documentada. Es absurdo, sin embargo, considerar asesino o violador a un comandante porque uno de sus soldados hubiese cometido un asesinato o violación. Sin embargo, en aquellos casos en que los asesinatos, violaciones y acciones despiadadas sean delitos generalizados, no existiendo intento real por parte del comandante de investigar y controlar los actos criminales, ese comandante podrá ser declarado responsable, incluso penalmente responsable, por los actos descontrolados de sus tropas, dependiendo de su naturaleza y de las circunstancias que los rodeasen.

El Tribunal de Nuremberg.

"El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg abordó la cuestión de la responsabilidad penal de 22 altos dirigentes nazis. Este tribunal realizó una proclamación sin precedentes al afirmar que los individuos tenían deberes de carácter internacional que trascendían sus obligaciones nacionales. Los funcionarios que actúan en nombre del Estado, consecuentemente, no pueden esconderse bajo el manto de la inmunidad soberana en aquellos casos en que el Estado, 'al autorizar este actuar, esté sobrepasando sus competencias bajo el derecho internacional' [236]. Con esto, el tribunal quiso decir, claramente, que quienes están investidos de autoridad pueden ser perseguidos penalmente por autorizar, planificar o participar en formas delictivas de conducta que son contrarias al derecho internacional, incluidos los crímenes previstos en el Estatuto de Nuremberg y que son los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

El Tribunal invocó implícitamente la doctrina de la responsabilidad del mando en varios casos que atañían a funcionarios tanto militares como civiles, aplicando en este último caso, por extensión, una doctrina jurídica internacional que ya predominaba. Se consideró que los acusados en estas sentencias conocían plenamente las transgresiones cometidas por sus subordinados." [237]

Wilhelm Frick era Ministro del Interior durante la guerra. Tenía autoridad sobre las casa cuna, los hospitales y los asilos en los que se practicaba la eutanasia. El Tribunal determinó que Frick sabía que "los enfermos, discapacitados y mayores", así como quienes sólo servían para comer, eran sistemáticamente conducidos a la muerte. No obstante, no atendió a las protestas sociales y los asesinatos continuaron. Un informe a la Comisión de Crímenes de Guerra Checoslovaca estimó en 275.000 personas el número de discapacitados mentales y mayores a quienes se les había aplicado la eutanasia.

En el caso de los comandantes militares o administradores principales y de mayor rango en los territorios ocupados, se aplicó la responsabilidad del mando de manera directa.

Así, "El 4 de agosto de 1942 Keitel ordenó en una directiva que los paracaidistas fuesen entregados al SD. El 18 de octubre Hitler emitió la Orden Comando, que fue ejecutada en varios casos. Después del desembarco de Normandía, Keitel reafirmó la orden y más tarde la extendió de modo que cubriera a las misiones aliadas que luchaban con los partisanos" [238]. Cuando Canaris escribió a Keitel diciéndole que las normas relativas al maltrato infligido a los prisioneros de guerra soviéticos eran contrarias al derecho internacional, Keitel le contestó con un memorándum escrito, que rubricó con sus iniciales: "Las objeciones nacen del concepto militar de una guerra entre caballeros. Esta es la destrucción de una ideología. Por lo tanto, apruebo y respaldo las medidas". Keitel testificó además que lo había acordado con Canaris y discutido con Hitler, pero había perdido. También fue declarado culpable de dictar órdenes para la matanza de rehenes en represalia por ataques contra soldados alemanes y por refrendar que "se ordena que los civiles sospechosos de delitos contra las tropas sean fusilados sin juicio, y que el procesamiento de soldados alemanes por delitos contra civiles es innecesario".

Ernst Kaltenbrunner fue nombrado en enero de 1943 Jefe de la Policía de seguridad y de la Oficina Principal de Seguridad del Reich (RSHA). Kaltenbrunner tenía facultades para ordenar el internamiento de población en campos de concentración. Las órdenes en este sentido se enviaban generalmente con su firma. Kaltenbrunner sabía de las condiciones existentes en los campos de concentración. Sin duda alguna había visitado Mauthausen y hay testigos que declaran que presenció el asesinato de prisioneros mediante distintos métodos de ejecución, ahorcados, fusilados por la espalda y gaseados, como parte de una demostración. Kaltenbrunner ordenó él mismo la ejecución de prisioneros en esos campos.

El tribunal halló también que Kaltenbrunner estaba complemente al tanto del exterminio de judíos a cargo de los escuadrones de la muerte dirigidos por la RSHA y que fueron responsables del

asesinato de casi seis millones de judíos. Kaltenbrunner explicó que la conducta criminal de la organización había dado comienzo con anterioridad a su nombramiento, que, en general, él no estaba al corriente de las actividades de la RSHA y que había intervenido para detener las atrocidades que le habían sido transmitidas. El tribunal, no obstante, falló que Kaltenbrunner "ejercía control sobre las actividades de la RSHA, conocía de los crímenes que [la RSHA] estaba cometiendo, y participó activamente en muchos de ellos".

Rosenberg, quien fue Ministro del Reich para los Territorios Ocupados del Este, tenía conocimiento del trato brutal y del terror a que se sometía a las personas del Este. Impartió instrucciones en el sentido de que el derecho de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre no debía aplicarse a los Territorios Ocupados del Este.

Frank, Gobernador General de la Polonia ocupada, había descrito la política que se proponía aplicar al decir: "Polonia será tratada como una colonia: los polacos se convertirán en los esclavos del Gran Imperio Mundial Alemán". Su defensa se centró en gran medida en intentar demostrar que no había tenido responsabilidad alguna, que sólo había ordenado las medidas necesarias para la pacificación, que los excesos se habían debido a las actividades de una Policía que no estaba bajo su control. Podría, por lo tanto, ser cierto que algunos de los crímenes cometidos en el Gobierno General (de Polonia) fueron cometidos sin el conocimiento de Frank... Pero es también cierto que Frank fue un voluntarioso y consciente participante en el uso del terrorismo en Polonia.

En el caso de Donitz, la sentencia de Nuremberg estableció que si bien Donitz afirmó que la Orden Comando de Hitler nunca se aplicó a personal naval, en cambio permitió, cuando devino Comandante en Jefe, que dicha orden permaneciera vigente, y en esa medida era responsable.

Konstantin von Neurath estaba al frente del Protectorado del Reich para Bohemia y Moravia, cargo en que se desempeñó hasta el 27 de septiembre de 1941. Elaboró un memorandum que promovía la asimilación racial de la mayoría de Checos en Alemania y proclamó que la respuesta a la resistencia por parte de los grupos de inteligencia y otros grupos sería la expulsión. Von Neurath, en su defensa, sostuvo que la implementación de este régimen represivo estaba a cargo de la Policía de Seguridad y que no dependía de su jurisdicción. Además, mantuvo que las políticas antisemitas y de explotación económica propias de Alemania fueron concebidas y ejecutadas por las autoridades del Reich. No obstante, estos argumentos no fueron considerados como eximentes de su responsabilidad penal; el Tribunal apreció que von Neurath se había desempeñado como "el funcionario Jefe de Alemania en el Protectorado cuando la administración de este territorio jugó un papel importante en las guerras de agresión que Alemania desató en el Este, y que sabía que bajo su autoridad se estaban cometiendo crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad". El Tribunal determinó que von Neurath había, a sabiendas, estado al frente de toda una serie de políticas restrictivas y represivas en la zona bajo su mando, políticas que suponían la eliminación de la libertad de asociación, la igualdad, la propiedad, la libertad de expresión y el debido proceso. Como circunstancia atenuante, el Tribunal reconoció que von Neurath había intentado conseguir la liberación de muchos de los checos que habían sido detenidos, incluyendo activistas estudiantiles. Intentó disuadir a Hitler de la adopción de medidas de ocupación severas, intentó dimitir y cuando pudo, discretamente, se tomó excedencia. La dimisión de von Neurath fue formalmente aceptada caso dos años después. Fue condenado a pena de prisión de 15 años, la pena más indulgente pronunciada respecto de los acusados por el Tribunal de Nuremberg.

"El Tribunal de Nuremberg aplicó por tanto, implícitamente el concepto de responsabilidad del mando al condenar a varios de los acusados por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La atribución de un amplio abanico de actos represivos a un único individuo puede parecer, en ocasiones, excesivamente duro e injusto. Sin embargo, este hecho se vio atemperado por la tendencia del Tribunal a limitar la responsabilidad individual a actos respecto de los cuales el

acusado tenía conocimiento y ejercía autoridad directa o jurisdiccional. En muchos casos, se pudo demostrar que el acusado había también alentado o participado en estos actos criminales. Los acusados fueron hallados también culpables en aquellos casos en que la conducta criminal era razonablemente previsible y no ejercieron su autoridad o control. La culpabilidad individual se vio mitigada en aquellos supuestos en que el acusado adoptó cuantas medidas estaban a su alcance, y de manera firme, para mejorar los draconianos decretos del Reich y sus actos depredadores." [239]

Caso Abbaye Ardenne.

Otros tribunales aliados se sumaron a la aplicación del principio de responsabilidad del mando tal cual se había dado en el caso Yamashita.

Un Tribunal Militar Canadiense que sesionó entre el 10 y el 28 de diciembre de 1945 condenó al Brigadeführer de las SS Kurt Meyer por negligencia culposa y por dejación de funciones en cuanto comandante militar.

Meyer fue acusado, "en violación de las leyes y los usos y costumbres de la guerra", de cometer crímenes de guerra al incitar y alentar a las tropas bajo su mando a que negasen clemencia a las tropas aliadas; fue acusado también de haber ordenado la matanza de prisioneros canadienses, y de ser responsable de la matanza de prisioneros de guerra por las tropas bajo su mando. [240] Durante su discurso al tribunal, el abogado de la acusación, cuya opinión fue aceptada por la corte, expuso:

"(Un) oficial podrá ser condenado por un crimen de guerra si incita y alienta a las tropas bajo su mando a que denieguen clemencia, independientemente de que como consecuencia de ellos mueran o no los prisioneros. Pareciera de sentido común afirmar que no sólo los miembros del enemigo que ilícitamente maten a sus prisioneros pueden ser acusados como criminales de guerra, también lo podrá ser cualquier comandante militar de grado superior que incite y recomiende a sus tropas la comisión de tales delitos...

(...) La gran interrogante "¿Cuándo puede un comandante militar ser declarado responsable de un crimen de guerra cometido por hombres bajo su mando en el sentido de que podrá ser castigado como criminal de guerra" no tiene fácil respuesta...

(...) Los hechos probados por la acusación deberán ser tales como para establecer la responsabilidad del acusado por el crimen de que se trata o como para justificar que la Corte infiera tal responsabilidad. La carga de la prueba consistente en demostrar que no es responsable de ningún crimen en concreto corresponde entonces al acusado.

(...) De las normas canadienses sobre Crímenes de Guerra [241] no se desprende necesariamente que un comandante militar haya de ser considerado como criminal de guerra por cada crimen de guerra cometido por sus subordinados, pero una vez que ciertos hechos hayan sido probados por la acusación, pesa sobre el acusado la carga de la prueba en contrario o la carga de refutar la inferencia de responsabilidad que el tribunal puede hacer. Deberán entonces entrar en consideración todos los hechos y circunstancias para determinar si el acusado fue responsable de la matanza de prisioneros a que se hace referencia en los distintos cargos. El rango del acusado, los deberes y responsabilidades del acusado en virtud del mando que ostentaba, y el entrenamiento de los hombres bajo su mando [242], su edad y experiencia, todo lo concerniente a la pregunta si el acusado había ordenado, estimulado, -bien verbalmente, bien tácitamente- consentido en la matanza de prisioneros, o deliberadamente no cumplió sus tareas como comandante militar para impedir o adoptar las medidas que las circunstancias requiriesen para intentar prevenir (los actos en cuestión), eran aspectos que afectan a la cuestión de la responsabilidad del acusado. En último término, corresponde al Tribunal determinar, usando su amplio conocimiento y experiencia en materias

militares, a la luz de los factores pertinentes y de las disposiciones normativas, la responsabilidad del acusado en cualquier caso particular...

No hay evidencia de que alguien haya escuchado proferir palabras al acusado que pudiesen constituir una orden, pero tampoco es esencial que exista tal evidencia. El acto de dar una orden puede ser probado circunstancialmente; es decir, se podrán tomar en cuenta los hechos respecto de los cuales se demuestre que han influido en la pregunta de si la supuesta orden fue dada, y si se halla que la única deducción razonable es que la orden de matar al prisionero fue dada por el acusado en el momento y en el lugar supuestos, y que los prisioneros resultaron muertos como resultado de esa orden, se podrá, con toda razón, declarar culpable al acusado..... No es necesario estar convencido de que se llegó a emitir una orden en particular o de manera formal; de lo que uno tendrá que estar convencido antes de pronunciar condena es de que las palabras fueron proferidas o de que se dio alguna indicación clara por parte del acusado en el sentido de ejecutar a los prisioneros... |243|

"El Caso Abbaye Ardenne difiere del caso Yamashita en que se manejaron algunas pruebas encaminadas a demostrar que Meyer se había jactado de que su unidad nunca tomaba prisioneros, de que un suboficial leyó en voz alta la orden de fusilar a los prisioneros, y de que un oficial u oficial inferior al grado de teniente estuvo presente cuando se efectuaron los disparos. Este último hecho daría lugar a la fuerte presunción de que, tratándose de una unidad debidamente disciplinada, dicha presencia sólo podría explicarse por el hecho de que la presencia del oficial o del oficial inferior contaba con la aprobación del comandante, o no sería desaprobada, o era coherente con la política del mismo." |244|

Tribunal de Tokio.

Otros casos importantes en materia de responsabilidad del mando por omisión del deber de actuar se dirimieron durante los juicios realizados ante el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (IMTFE en su acrónimo en lengua inglesa), y los subsiguientes procesos de Nuremberg ante tribunales militares de los Estados Unidos, como son el Caso de los Rehenes y el del Alto Mando. "En los mismos, la responsabilidad por omisión se basaba concretamente en el Artículo 1(1) del Reglamento de la Haya de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R), el cual establece que los miembros de las fuerzas armadas deben "Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos" |245|.

El Tribunal Militar de Tokio condenó a personal tanto civil como militar por omisión a la hora de prevenir o castigar las atrocidades cometidas. Concretamente, la responsabilidad por el trato cruel dispensado a los prisioneros de guerra y el exterminio sistemático de civiles a manos de las fuerzas japonesas pudo establecerse y se estableció sobre la base de que la jerarquía militar y gubernamental podía intervenir y reprimir a los culpables. Por tanto, se sostuvo que quienes detentaban los puestos más altos a nivel de mando político y militar tenían el deber, no sólo de respetar las leyes y usos de la guerra, sino también de supervisar eficazmente que la conducta de sus subordinados fuera también acorde a los mismos. |246|

Los funcionarios civiles y militares tenían la obligación de estructurar un sistema eficaz y eficiente de supervisión e información acerca del bienestar de los prisioneros.

Los funcionarios civiles y militares que ejercían su autoridad de forma directa sobre los prisioneros y tenían conocimiento del maltrato dispensado a los mismos, o que hubieran adquirido tal conocimiento si no hubiera sido por su negligencia, indiferencia o indolencia, estaban obligados a "adoptar cuantas medidas a su alcance para impedir la comisión de tales crímenes". |247| A la hora de imputar 'conocimiento', se tomaron en consideración factores como la notoriedad, cuantía y

extensión de los crímenes en tiempo y espacio. Sobre los funcionarios civiles y militares investidos de autoridad, pesaba el deber de anticipar el posible maltrato a los prisioneros.

El gabinete japonés fue considerado colectivamente responsable del cuidado permanente de los internos. Quines carecían de autoridad para poner freno a tales crímenes no fueron inmunes a la responsabilidad penal. El camino preferido fue el de la dimisión; quienes continuaron en sus cargos voluntariamente fueron hallados penalmente responsables del tratamiento futuro a los prisioneros.

En definitiva, "el requisito de la intencionalidad criminal quedó establecido en aquellos casos en que un individuo en una posición de autoridad poseía conocimiento real o constructivo o, a no ser por su propia negligencia, hubiera tenido conocimiento de los crímenes y no hizo nada para impedirlos o castigar a los perpetradores. Esto dejaba claro que los funcionarios tanto civiles como militares eran responsables tanto de la condena como del control de los actos contraventores. El Tribunal también fue innovador al declarar culpables a varios funcionarios del gabinete de gobierno y administradores de bajo rango que permanecían en sus cargos a pesar de estar al tanto del maltrato dispensado a los detenidos" [248]. Estos funcionarios debían por tanto adoptar las medidas razonables y que estuvieran dentro de sus facultades tanto formales como informales.

De este modo, el Tribunal de Tokio estaba reemplazado el estándar de conocimiento real por el estándar de responsabilidad estricta aplicado en Yamashita. El Tribunal imputó conocimiento a Kuniaki Koiso, nombrado Primer Ministro en 1944. "El Tribunal apreció que las atrocidades y otros crímenes de guerra cometidos por las tropas japonesas en cada escenario de guerra eran tan "notorios" que resultaba "improbable" que Koiso no estuviera al tanto de estos sucesos por motivo de su notoriedad o como resultado de sus comunicaciones interdepartamentales. Los jueces encontraron particularmente significativo el hecho de que Koiso asistiera a una reunión del Consejo Supremo de Dirección de la Guerra, en octubre de 1944, en la que el Ministro de Exteriores informó que la fuentes enemigas indicaban que 'el trato japonés a los prisioneros de guerra dejaba mucho que desear'. No obstante, Koiso se mantuvo en el cargo durante seis meses más, a lo largo de los cuales continuó el maltrato a los prisioneros e internos. El Tribunal determinó que esto constituía "una dejación intencional de su deber". [249]

Similar análisis adoptó el Tribunal a la hora de condenar a Shunkoro Hata, comandante de las fuerzas expedicionarias en China. Los jueces tomaron nota de la gran escala de las atrocidades por las tropas bajo su mando durante un periodo largo de tiempo. El Tribunal determinó que Hata, o sabía de estos delitos y no hizo nada para impedirlos, o le era "indiferente" y "no llevó a cabo acción alguna para saber si las órdenes de trato de humanidad a los civiles y prisioneros de guerra se estaban cumpliendo".

Seishiro Itagaki, fue nombrado, en abril de 1945, comandante del Séptimo Ejército con sede en Singapur. Las condiciones en los campos de prisioneros de guerra eran catastróficas. En su defensa, Itagaki explicó que los ataques aliados contra los fletes japoneses hacían muy difícil el transporte de víveres y que estaba obligado a racionar las provisiones de modo que duraran durante la guerra. El Tribunal sin embargo, falló que Itagaki estaba obligado a distribuir las provisiones existentes e implorar a sus superiores que abastecieran a los prisioneros. Su criterio, en opinión de los jueces, equivalía a una justificación para "tratar a los prisioneros e internos con gran inhumanidad". El Tribunal concluyó que no podía condonar una línea de conducta que había resultado en la "muerte o el sufrimiento de miles de personas cuyo adecuado mantenimiento era su [de Itagaki] deber". [250]

En otros casos, el Tribunal falló también que un oficial que ordena poner término a una conducta delictiva tiene el deber de garantizar el cumplimiento de sus órdenes. Es el caso, por ejemplo, de Heitaro Kimura, Comandante en Jefe del Ejército para la Zona de Birmania, bajo cuyo mando, a pesar de haber reprendido a sus tropas por el trato dispensado a los prisioneros, no hizo nada para

garantizar la eficacia de sus órdenes y las atrocidades continuaron, a veces a gran escala, a pocas millas del cuartel.

"El Tribunal de Tokio proporcionó el primer planteamiento en sentido amplio de la responsabilidad del mando. El Tribunal sostuvo que los funcionarios civiles y militares eran jurídicamente responsables en aquellos casos en que sabían real o constructivamente, o, que de no ser por su propia dejación o seria negligencia, habrían sabido, de los crímenes cometidos por aquéllos bajo su mando. En tales casos, sobre los funcionarios pesaba la responsabilidad de ejercer una enérgica acción, formal e informal, encaminada a remediar la situación. El Tribunal dio el paso sin precedentes de declarar responsables a miembros del Gobierno que satisfacían el requisito intencional de dimitir en lugar de mantenerse en el cargo y que se mantuvieron impasibles hacia los prisioneros, a pesar de que esto recaía fuera de sus atribuciones... Todo dirigente, civil o militar, está en la obligación de asegurar que las tropas cumplieran con las órdenes de proteger a los prisioneros de guerra. El Tribunal impuso la responsabilidad sobre los oficiales de adoptar cuantas medidas estuvieran a su alcance para impedir la continuación de los crímenes." [251]

Casos al amparo de la Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control: Casos del Alto Mando (High Command case) y de los Rehenes (Hostage case)

Como se ha expresado, tras el principal proceso de Nuremberg, se celebraron otros juicios en los cuales se abordó el tema de la responsabilidad del comandante en la distribución e implementación de órdenes ilegales analizando su poder y oposición, si existió, a la perpetración de actos ilegales.

De los doce juicios posteriores a Nuremberg y celebrados bajo la Ley 10 del Consejo Aliado de Control, dos de ellos se ocuparon directamente de la responsabilidad penal del mando: El caso del Alto Mando y el caso de los Rehenes.

En el Caso del Alto Mando, 13 oficiales alemanes de alta graduación fueron juzgados ante el Tribunal Militar de Nuremberg bajo la Ley 10 del Consejo Aliado de Control. Se les procesó por haber participado en la implementación del programa de Hitler encaminado al exterminio de civiles, comunistas y otros elementos, programa que fue ejecutado por sus subordinados.

El tribunal rechazó que la responsabilidad penal del comandante pudiera sustentarse únicamente sobre la base de la relación comandante/subordinado, en la cual el comandante se halla bajo el deber de saber:

"La autoridad, tanto administrativa como militar, de un comandante y su responsabilidad penal están relacionadas, pero no son, bajo ningún concepto, co-extensivas. (...) Ha de darse una dejación personal que sólo puede producirse cuando el acto conduce al mismo, o cuando la falta de supervisión adecuada sobre sus subordinados constituye una negligencia criminal de su parte. En este último caso, ha de tratarse de una negligencia personal que constituya una desconsideración injustificada e inmoral respecto de las acciones de sus subordinados, equiparable al consentimiento".

De modo similar, en el caso de los Rehenes, los acusados fueron condenados por su aquiescencia en la ejecución de rehenes civiles, ejecuciones que se dieron a modo de represalia por los ataques de la guerrilla contra las fuerzas alemanas en los Balcanes.

Se sostuvo que si un comandante "no requiere ni obtiene información completa, la dejación del deber pesa sobre él y no puede alegar su propia dejación como defensa (...). No servirá como defensa el deseo de conocimiento de los informes que se le hubieren hecho. Los informes a los comandantes generales se realizan en su propio beneficio. Cualquier omisión de ponerse al corriente

mediante el contenido de tales informes, constituye un abandono de su deber, y no puede usar esto en beneficio propio".

La doctrina de la responsabilidad de los superiores se aplicó también a todas las personas con poder sobre otras, ya fuera en un contexto puramente militar o no. Así, el caso de los Ministros atañía al poder que tenían los funcionarios del Gobierno del Reich de oponerse a la aniquilación de la población judía y a las acciones encaminadas a impedir tales crímenes que se requerían legalmente a esos funcionarios. De igual modo, en el caso de la Empresas Roehling, se concluyó que determinados industriales alemanes eran responsables de esclavitud, asesinato y trato cruel infligidos a civiles y prisioneros de guerra que trabajaban en sus fábricas, y su responsabilidad se derivaba del hecho de que tenían poder e influencia para prevenir tales crímenes, o, al menos, reducirlos considerablemente. Estas condenas se basaron en la lógica de que las personas que detentan un control de facto son responsables de las personas que se hallan bajo su poder, independientemente de si son funcionarios civiles o militares.

Posteriormente, este principio sería también aplicado, si bien con estándares distintos, en casos concernientes a la Guerra de Vietnam (casos Calley, masacre de My Lai, Goldman) o en el caso Sabra y Shatilla, en que el informe elaborado por la Comisión de Investigación nombrada por el gabinete israelí, y conocido como Informe Kahan, "concluyó que los oficiales civiles y militares poseían 'responsabilidad indirecta' al margen de su intencionalidad o al margen de que evitaran, meramente, hacer frente a las anunciadas atrocidades. La responsabilidad indirecta se extendió también a los individuos quienes, tras recibir la noticia de los asesinatos, no hicieron cuanto estuvo en su mano para frenarlos." [252]

Codificación del principio en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I).

Los tratados posteriores a la IIGM, incluida la Convención contra la Tortura de 1984 y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1986, aluden a la responsabilidad del comandante (la última de las convenciones mencionadas hace referencia específicamente a la responsabilidad por omisión de los mandos), y aparece ésta enumerada como Principio III de los Principios de Nuremberg..

Si bien las Convenciones de Ginebra de 1949 no enumeran expresamente los deberes del superior, la responsabilidad por la emisión directa de órdenes ilegales, o por omisión de actuar, puede derivarse de varios artículos de las mismas. Se puede cometer una infracción grave de las Convenciones tanto por omisión como mediante un acto positivo.

La responsabilidad del comandante no fue formalmente codificada hasta 1977, en que se recogió en el Protocolo I adicional a las Convenciones de Ginebra. Sus artículos 86 y 87 contemplan la responsabilidad del comandante en aquellos casos en que no actúan y omiten sus deberes positivos, respectivamente. Sobra decir que las infracciones graves del Protocolo, enumeradas en los artículos 11 y 85, pueden ser cometidas tanto por omisión como por un acto positivo.

El tenor literal de los mencionados artículos es el que sigue:

Artículo 86: Omisiones

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

Artículo 87: Deberes de los jefes

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.

Caso relativo a la extradición del General (r) Suárez Mason: *In the Matter of the Requested Extradition of Carlos Guillermo Suarez-Mason*, 694 F. Supp. 676 (N.D. Cal. Apr. 27, 1988)

Este caso tiene su origen en la solicitud de extradición que la República Argentina cursó a los Estados Unidos en relación con el General (r) Guillermo Suárez Mason. Tal solicitud se basó en los siguientes delitos: 1) 43 cargos de homicidio; 2) 24 cargos de privación ilegal de libertad; 3) un cargo de falsificación de documento público.

Para acceder a la solicitud de extradición, el tribunal tenía que hallar que "la evidencia presentada constituye causa probable para concluir que Suárez Mason cometió los delitos de que se le acusa | 253|.

El tribunal concedió la solicitud de extradición por 39 de los cargos de homicidio y el cargo de falsificación.

A Suárez Mason no se le acusó de haber cometido él personalmente los homicidios y los secuestros. Se le acusó en cuanto "superior que dirigió y controló los actos de asesinato y secuestro dado que, (1) Suárez Mason era el Comandante del Primer Cuerpo de Ejército; (2) los delitos de que se le acusa fueron cometidos mediante un sistema de órdenes secretas verbales llamadas a controlar la conducta de los miembros del Primer Cuerpo de Ejército, y, por tanto, (3) "la inferencia incontrovertible es que estas órdenes fueron dadas por Suárez Mason..." |254|.

El tribunal concluyó que "en los casos en que la Argentina acredite que un delito concreto fue cometido por personas bajo el mando de Suárez Mason, y si las circunstancias del hecho delictivo permiten concluir que tales personas estaban actuando conforme a las directrices del sistema establecido por Suárez Mason, tal demostración será por lo general suficiente para satisfacer" el requisito de causa probable en el sentido de que cometió el delito de que se le acusa.

El tribunal fundamentó en varias razones la anterior conclusión. [255] En primer lugar, el tribunal fundamentó razonadamente que los homicidios eran "parte de un plan organizado o 'plan de batalla' dimanado" del mando de Suárez Mason. En segundo lugar, había sobrada evidencia que demostraba que Suárez Mason era un "meticuloso comandante que controlaba directamente las operaciones bajo su mando" En tercer lugar, Suárez Mason "controlaba directa y personalmente los centros de detención en los que fueron recluidas la mayor parte de las víctimas de homicidio del presente caso". En cuarto lugar, el tribunal consideró "altamente improbable que un comandante, menos aún uno con el demostrado esmero por los detalles propio de Suárez Mason, pudiera no estar al corriente de las violaciones tan masivas que ocurrieron bajo su mando" [256].

Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Por su parte, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996 [257] en su artículo 2 se ocupa de la responsabilidad individual en los siguientes términos:

1. Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual (...)

3. Será responsable de un crimen de los previstos en los artículos 17 [crimen de genocidio], 18 [crímenes contra la humanidad], 19 [crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado] ó 20 [crímenes de guerra] el que:

a) Haya cometido intencionalmente tal crimen;

b) Haya ordenado la comisión de tal crimen y éste llegue a perpetrarse o se intente perpetrarlo;

c) No haya impedido o reprimido la comisión del tal crimen en las circunstancias previstas en el artículo 6; (..) " [258]

La Comisión de Derecho Internacional, en su comentario a este artículo expone lo siguiente:

" 8) El apartado b) trata de la responsabilidad del superior que "haya ordenado la comisión de tal crimen". Este apartado dispone que la persona que ordena la comisión de un crimen incurre en responsabilidad por ese crimen. Este principio de responsabilidad penal se aplica a la persona que está en una posición de autoridad utiliza su autoridad para obligar a otra a cometer un crimen. El superior que ordena la comisión del crimen es, en ciertos aspectos, más culpable que el subordinado que simplemente ejecuta la orden y comete así un crimen que no habría perpetrado por iniciativa propia. El superior contribuye en grado significativo a la comisión del crimen, utilizando su posición de autoridad para obligar al subordinado a perpetrarlo. El superior que ordena al subordinado que cometa un crimen deja de cumplir dos deberes esenciales que incumben a toda persona que se halla en una posición de autoridad. En primer lugar, no cumple el deber de asegurar que sus subordinados observen una conducta lícita. En segundo, el superior incumple el deber de respetar la ley en el ejercicio de su autoridad y, por ende, abusa de la autoridad a su posición.

9) El principio e la responsabilidad penal del superior a efectos de presente Código sólo se aplica en las situaciones en que el subordinado ejecuta efectivamente o, por lo menos, intenta ejecutar la orden de cometer un crimen, como indica la frase "y éste llegue a perpetrarse or se intente perpetrarlo". En el primer caso, la responsabilidad penal del superior se limita a las situaciones en que el subordinado ejecuta efectivamente la orden de cometer un crimen. Esta limitación de la responsabilidad penal del superior por los crímenes enunciados en los artículos 17 a 20 es consecuencia del limitado alcance del presente Código, que sólo abarca los crímenes de derecho internacional que son de carácter tal que constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, como se explica en el párrafo 6 del presente comentario. Pese a que no se prevé responsabilidad penal en le Código, el superior que da la orden de cometer un crimen que no llega a

perpetrarse sigue expuesto a las medidas penales o disciplinarias que establece el derecho nacional. En el segundo caso, se amplía la responsabilidad penal del superior para incluir en ella las situaciones en que el subordinado intenta ejecutar la orden de cometer un crimen pero fracasa en el intento, ya que el subordinado incurriría en responsabilidad penal en tal situación a tenor del apartado g). A todas luces, sería una parodia de justicia responsabilizar al subordinado por el intento de cometer un crimen ejecutando la orden de su superior y permitir al superior eludir toda responsabilidad cuando el subordinado fracasara en la ejecución de las órdenes. El principio de responsabilidad penal individual, en virtud del cual la persona que ordena la comisión de un crimen es considerada responsable de ese crimen, enunciado en el apartado b), es compatible con los Convenios de Ginebra de 1949 [259], con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (párrafo 1 del artículo 7) y con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (párrafo 1 del artículo 6). Como se indica en el párrafo 6, las limitaciones contenidas en este apartado no afectan a la aplicación de los principios generales de la responsabilidad penal individual no regulada por el presente Código o por una disposición similar de otro instrumento.

10) El apartado c) trata de la responsabilidad del superior que "no haya impedido o reprimido la comisión de tal crimen" por un subordinado "en las circunstancias previstas en el artículo 6". En este apartado se reafirma la responsabilidad del superior que deja de cumplir su deber de prevenir o reprimir la comisión de un crimen por su subordinado en las circunstancias del artículo 6. Este principio de responsabilidad penal individual constituye el tema del artículo 6 y se analiza en el comentario a dicho artículo." [260]

A su vez, el artículo 6 del Proyecto de Código recoge la "Responsabilidad del Superior Jerárquico" en los siguientes términos:

Artículo 6

" Responsabilidad del superior jerárquico.

El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal, si sabían o tenían motivos para saber, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas necesarias a su alcance para impedir o reprimir ese crimen.

Comentario

1) Los jefes militares son responsables de la conducta de los miembros de las fuerzas armadas bajo su mando y de las demás personas sobre las que ejercen su autoridad. Este principio de la responsabilidad de los mandos fue reconocido en la Convención de la Haya de 1907 [261] y reafirmado en instrumentos jurídicos posteriores [262]. El principio exige que los miembros de las fuerzas armadas estén a las órdenes de un superior que sea responsable de su conducta. El jefe militar es responsable de la conducta ilegal de sus subordinados si contribuye directa o indirectamente a que cometan un crimen. El jefe militar contribuye directamente a la comisión de un crimen cuando ordena a sus subordinados que realice un acto criminal, tal como matar a un civil inermes, o que no efectúe un acto que el subordinado tiene el deber de realizar, por ejemplo, dar alimentos a prisioneros de guerra que se están muriendo de hambre. La responsabilidad penal del jefe militar en esta primera situación se enuncia en el artículo 2. El jefe militar también contribuye indirectamente a la comisión de un crimen por su subordinado al no impedir o reprimir la conducta ilegal. La responsabilidad penal del mando militar en esta segunda situación se trata en el artículo 6.

2) La responsabilidad penal del jefe militar que no impide ni reprime la conducta ilegal de sus

subordinados no estaba regulada en el Estatuto de Nuremberg ni fue reconocida por el Tribunal de Nuremberg. Sin embargo, este tipo de responsabilidad penal fue reconocido en varias decisiones judiciales después de la segunda guerra mundial. En el asunto Yamashita, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dio respuesta afirmativa a la cuestión de saber si las leyes de la guerra imponen al jefe de un ejército el deber de tomar todas las medidas apropiadas a su alcance para controlar a las tropas que están a sus órdenes e impedir que cometan actos en violación de las leyes de la guerra. El Tribunal falló que el general Yamashita asumía una responsabilidad penal porque no había tomado tales medidas [263]. De igual modo, el Tribunal militar de los Estados Unidos, en el Proceso de los altos mandos alemanes, dictaminó que "según los principios básicos de la autoridad y responsabilidad de los mandos, el oficial que no interviene mientras sus subordinados ejecutan una orden criminal de sus superiores, orden que él sabe ser criminal, está violando una obligación moral con arreglo al derecho internacional. Al hacerlo, no puede, lavándose las manos, eludir su responsabilidad internacional" [264]. Además, en el Proceso de los rehenes, el tribunal militar de los Estados Unidos dictaminó que "el comandante de un cuerpo de ejército es responsable de los actos de sus oficiales subordinados en ejecución de sus órdenes, así como de los actos que el comandante del cuerpo de ejército conocía o debía haber conocido" [265]. Por su parte, el Tribunal de Tokio dictaminó que era deber de todos los que asumen una responsabilidad garantizar el trato correcto de los prisioneros y prevenir los malos tratos [266].

3) Sólo se incurre en responsabilidad penal por no realizar un acto determinado cuando existe una obligación jurídica de actuar y el incumplimiento de esa obligación entraña la comisión de un crimen. El deber de los jefes militares con respecto a la conducta de sus subordinados queda enunciado en el artículo 87 del Protocolo Adicional I. En él se reconoce que el jefe militar tiene el deber de impedir y reprimir las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por sus subordinados. También se reconoce que el jefe militar tiene el deber de promover, de ser necesario, una acción disciplinaria o penal contra los presuntos autores de las infracciones que sean subordinados suyos. El principio de la responsabilidad penal individual con arreglo al cual se responsabiliza al jefe militar que no impide o reprime la conducta ilegal de sus subordinados se desarrolla en el artículo 86 del Protocolo Adicional I. Este principio figura también en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (art. 7) y en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 6).

4) El artículo 6 confirma la responsabilidad penal individual del superior respecto del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad cometido por su subordinado, siempre que se satisfagan ciertos criterios. El texto del artículo se basa en los tres instrumentos mencionados en el párrafo anterior. El artículo empieza disponiendo que el hecho de que el subordinado haya cometido un crimen no exime a sus superiores de responsabilidad por contribuir a la comisión del crimen. Reconoce que el subordinado incurre en responsabilidad penal por su participación directa en la conducta criminal a tenor del artículo 2. A continuación reconoce que el responsabilizar a un subordinado por la comisión de un crimen no exime a sus superiores de la responsabilidad penal en que pueden haber incurrido al no cumplir su deber de impedir o reprimir el crimen. El deber del superior de impedir la conducta ilegal de sus subordinados abarca, de ser necesario, el deber de promover una acción disciplinaria o penal contra el presunto infractor.

La responsabilidad penal del superior por el incumplimiento del deber de castigar la conducta ilegal de un subordinado está reconocido explícitamente en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda. El principio de la responsabilidad penal individual del superior sólo se aplica a la conducta de su subordinado o de otra persona bajo su autoridad. Por ejemplo, el superior sólo incurre en responsabilidad penal cuando no impide ni reprime la conducta ilegal de esas personas. La referencia a "sus superiores" indica que este principio se aplica no solamente al jefe inmediato de un subordinado, sino también a sus demás superiores en la cadena de mando militar o en la jerarquía gubernamental, siempre que se

cumplan los criterios pertinentes. La referencia a "superiores" es suficientemente amplia para abarcar a los jefes militares u otras autoridades civiles que se hallan en una posición similar de mando y ejercen un grado de autoridad similar con respecto a sus subordinados [267]. Además, la referencia a un "crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad" indica que la responsabilidad del superior por la conducta ilegal de su subordinado abarca no sólo los crímenes de guerra, sino también los demás crímenes enumerados en la segunda parte.

5) El artículo 6 enuncia dos criterios para determinar si un superior debe considerarse penalmente responsable de la conducta ilícita de un subordinado. En primer lugar, el superior debe haber sabido o haber tenido motivos para saber, dadas las circunstancias del caso, que un subordinado suyo estaba cometiendo o iba a cometer un crimen de guerra. Este criterio indica que el superior debe tener la *mens rea* necesaria para incurrir en responsabilidad penal en dos situaciones diferentes. En la primera situación, el superior sabe efectivamente que su subordinado está cometiendo o va a cometer un crimen. En tal caso, puede considerarse que es un cómplice del crimen según los principios generales del derecho penal relativos a la complicidad. En la segunda situación, tiene información suficiente para llegar a la conclusión, dadas las circunstancias del caso, de que sus subordinados están cometiendo o van a cometer un crimen. En esta situación el superior no tiene conocimiento real de la conducta ilícita que sus subordinados planean o están perpetrando, pero tiene información de naturaleza general suficiente y pertinente para concluir que tal es el caso. El superior que simplemente pasa por alto la información que apunta claramente a la probabilidad de una conducta criminal por parte de sus subordinados comete una negligencia grave respecto de su deber de impedir o reprimir tal conducta al no desplegar esfuerzos razonables para obtener la información necesaria que le permita tomar medidas apropiadas. Como se indica en el comentario al artículo 86 del Protocolo Adicional I, "esto no significa que cualquier caso de negligencia pueda considerarse criminal... la negligencia debe ser tan grave que equivalga a una intención dolosa" [268]. La frase "tenían motivos para saber" se ha tomado de los estatutos de los tribunales especiales y debe entenderse en el mismo sentido que la frase "poseían información que les permitiera concluir", utilizada en el Protocolo Adicional I. La Comisión decidió utilizar el primer enunciado para garantizar una interpretación objetiva, más bien que subjetiva, de este elemento del primer criterio.

6) El segundo criterio requiere que el superior no haya tomado todas las medidas necesarias a su alcance para impedir o reprimir la conducta ilegal de sus subordinados y no lo hizo. Este segundo criterio reconoce que puede haber situaciones en que el jefe militar conozca o tenga motivos para conocer la conducta ilegal de sus subordinados, pero sea incapaz de impedirla o reprimirla. La Comisión decidió que, para incurrir en responsabilidad, el superior debe tener la competencia jurídica necesaria para tomar medidas que permitan impedir o reprimir el crimen y la posibilidad material de adoptar tales medidas. Así, pues, el superior no incurrirá en responsabilidad penal si no ejecuta un acto que en uno u otro aspecto es imposible de realizar." [269]

Aplicación de la responsabilidad del mando por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY).

"El artículo 7(3) del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia está claramente modelado sobre el artículo 86(2) del Protocolo I, si bien se puede argumentar que la responsabilidad, bajo el artículo 7(3) es más amplia y está sometida a una prueba más objetiva que bajo el artículo 86(2)." [270]

En la actualidad existe la opinión extendida de que la responsabilidad del comandante por omisión goza del estatus de derecho internacional tanto consuetudinario como convencional.

El ICTY ha sistematizado en cinco puntos los principales logros del Tribunal en los más de 10 años que lleva de existencia [271].

Uno de esos puntos se refiere a los logros en Derecho Internacional (the accomplishments in international law), y entre los mismos expone los siguientes:

"Ha identificado y aplicado la doctrina moderna de la responsabilidad penal de los superiores, la llamada 'responsabilidad del mando', esclareciendo que para que pueda darse la responsabilidad penal no se requiere, necesariamente, la existencia de una relación formal superior-subordinado"

"En el mismo sentido, ha contribuido a despejar la incertidumbre acerca del grado de conocimiento que se espera de un superior cuyos subordinados iban a cometer crímenes que dicho superior no impidió, o acerca de los crímenes que de hecho cometieron". [272]

El artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia dispone claramente que la responsabilidad penal del superior o comandante, puede producirse de dos formas: bien directamente, a tenor del artículo 7(1), en aquellos casos en que el superior "hubiere planificado, instigado, ordenado, cometido, o, de cualquier otra manera, hubiere ayudado y alentado a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5"; o, indirectamente, bajo el artículo 7(3), según el cual, un superior puede ser tenido como responsable de los actos de su subordinado "si sabía, o tenía motivos para saber, que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y (...) no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los perpetradores".

El artículo 7 de este Estatuto fija la responsabilidad penal individual del siguiente modo:

1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado y alentado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.
2. El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.
3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.
4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad. [273]

El ICTY ha abordado en numerosas ocasiones la doctrina de la responsabilidad del mando. A continuación se especifica la casuística que ha dado lugar a la jurisprudencia del ICTY en esta materia:

Caso Celebici.

El primer caso en que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia aplicó la doctrina la responsabilidad del mando fue el caso *Prosecutor v. Zejnil Delalic', Zdravko Mucic' (aka "Pavo"), Hazim Delic', and Esad Landvzo (aka "Zenga")*, conocido como caso Celebici (Caso No. IT-96-21).

A los cuatro procesados se les acusó de graves violaciones a los Convenios de Ginebra y a las costumbres y usos de la guerra por la comisión de actos criminales que incluían asesinato, tortura y tratos inhumanos infligidos a los detenidos serbio-bosnios que se encontraban en un campo de detención cerca de Celebic'i. [274]

Tres de los cuatro acusados - Dedalic, Mucic y Delic - se enfrentaban al cargo, tal cual contempla el acta de acusación formulada en su contra, de "haber tenido bajo su responsabilidad la gestión del campo de Celebici", y de "haber ocupado puestos superiores de responsabilidad respecto de todos los guardias del campo y de todas aquellas personas que entraban en el mismo y maltrataban a los detenidos. Sabían, o tenían motivos para saber, que sus subordinados maltrataban a los detenidos, y, sin embargo, no adoptaron las medidas necesarias y razonables que impidieran tales actos, ni castigaron a los perpetradores de los mismos. Al no actuar en la forma que se exige a cualquier persona que detenta una posición de autoridad superior, son [los acusados] responsables de todos los crímenes contemplados en este acta de acusación, de conformidad con el artículo 7(3) del Estatuto del Tribunal".

Con respecto a algunos de los cargos, la responsabilidad penal individual de Delalic, Mucic y Delic se basaba además en su condición de partícipes directos a la luz del artículo 7(1). Landzo fue acusado únicamente como perpetrador, bajo el artículo 7(1).

Tal y como aclara el artículo 7, la responsabilidad penal del superior [comandante] puede surgir de dos maneras: bien directamente, a la luz del artículo 7(1), en aquellos casos en que "hubiere planificado, instigado, ordenado, cometido, o, de cualquier otra manera, hubiere ayudado y alentado a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5"; o, indirectamente, bajo el artículo 7(3), según el cual, un superior puede ser tenido como responsable de los actos de su subordinado "si sabía, o tenía motivos para saber, que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y (...) no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los perpetradores". Es esta última, responsabilidad penal imputada, con la que se acusa a Delalic, Mucic y Delic en cuanto superiores.

El acta de acusación no invoca el que de hecho emitieran órdenes ilegales. De modo que el caso en su contra se centra en su inacción de cara a impedir o a castigar las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

Por tanto, la responsabilidad de los acusados se basaba, no sólo en su responsabilidad personal, sino también en su responsabilidad en cuanto superiores jerárquicos, de conformidad con los artículos 7(1) y 7(3) del Estatuto.

Tras ser condenados, los acusados apelaron la sentencia recaída en varios aspectos, entre ellos su condena sobre la base de la responsabilidad del mando.

Al resolver sobre esta cuestión, la Sala de Apelaciones, en primer lugar, "ratificó la consideración de la sala de primera instancia en el sentido de que el principio de responsabilidad del mando a la luz del artículo 7(3) del Estatuto del ICTY se aplica por igual a personas tanto con autoridad de jure como de facto, que ejerzan efectivo control sobre sus subordinados. En segundo lugar, el Tribunal abordó el argumento de la fiscalía en relación con el requisito de que exista un relación superior-subordinado. La sala de primera instancia había fallado que esta relación podía ejercerse de manera directa o indirecta, siempre y cuando existiera control efectivo del superior sobre el subordinado en el sentido de 'capacidad material para prevenir o sancionar la conducta criminal'. En apelación, la Fiscalía sostuvo que este listón de control incluía situaciones en que el superior era alguien que 'podía influir considerablemente en el perpetrador o en la entidad a la que el perpetrador pertenece'. La Sala de Apelaciones rechazó este argumento, afirmando que el ejercicio de una influencia

considerable como forma de control no era una norma de derecho consuetudinario ya que no se hallaba suficientemente asentada ni en la jurisprudencia ni en la práctica de los estados." [275]

La Sala de Apelaciones, al abordar la cuestión de la responsabilidad dual, esto es, de la responsabilidad individual y de la responsabilidad en cuanto superior, determinó:

En los casos en que la responsabilidad penal por un crimen se derive de una acusación a tenor del artículo 7(1) y 7(3), y si la sala de primera instancia entiende como probadas la responsabilidad tanto directa como la que dimana del superior, aunque medie sólo una condena, la sala de primera instancia, al considerar la pena, ha de tener en cuenta el hecho de que ambos tipos de responsabilidad fueron probados. La manera más apropiada de tomar esto en consideración es imponiendo una penal al acusado por dos delitos diferentes comprendidos en un cargo. De forma alternativa, podría considerarse la participación directa como agravante de la responsabilidad a tenor del artículo 7(3) (como se ha expuesto), o bien como que la jerarquía o posición de autoridad del acusado actúan como agravantes de su responsabilidad directa a la luz del artículo 7(1). [276]

"La Sala de Apelaciones trató detenidamente la cuestión del elemento intencional (mens rea) en la responsabilidad del superior, especialmente en lo que hace al requisito de que el superior "sabía, o tenía motivos para saber" que los subordinados habían cometido o iban a cometer actos ilegales. La fiscalía al exponer la cuestión como "como un asunto de significación general para la jurisprudencia del Tribunal", alegó que la Sala de Apelaciones erró en su interpretación de este estándar. Sin llegar a sostener un estándar de responsabilidad estricta (strict liability), la fiscalía cuestionó si, aparte del conocimiento de hecho por parte del comandante o superior, el estándar incluía escenarios en los que el superior carecía de la información necesaria 'debido a dejación de su deber' [277].

"La Sala de Apelaciones mantuvo la interpretación de la sala de primera instancia en el sentido de que el superior es responsable penalmente sobre la base de la responsabilidad del mando, 'sólo si disponía de información tal que le hubiera avisado de los crímenes cometidos por los subordinados'. En otras palabras, para que un comandante tenga "motivos para saber" acerca de los posibles actos ilegales de sus subordinados, basta con demostrar que el superior tenía "alguna información general en su poder" que le advirtiera de tales actos. Dicha información puede ser oral o escrita, y no necesita revestir 'la forma de informes específicos presentados conforme a un sistema de supervisión'. Además, no es necesario que tal información especifique los actos ilegales. Finalmente, para incurrir en responsabilidad penal sobre la base de la responsabilidad del superior, no se necesita más que la información esté en manos del superior, queriendo esto decir que la misma 'ha de haberle sido suministrada o estar a su disposición'; no es necesario que 'de hecho se haya tenido al tanto de la información'. Asimismo, la Sala de Apelaciones falló que la valoración del elemento intencional en conexión con el Artículo 7(3) del Estatuto del ICTY "ha de llevarse a cabo a tenor de las circunstancias específicas de cada caso, tomando en consideración la situación específica del superior concernido en el momento en cuestión." [278]

Caso Aleksovski.

El 7 de mayo de 1999 la Sala de Primera Instancia I bis del ICTY pronunció la condena de Zlatko Aleksovski, en cuanto persona al mando de la prisión de Kaonik, cerca de Busovaca, en Bosnia-Herzegovina, por violación de las leyes y usos de la guerra. Dicha condena se basó en la responsabilidad penal propiamente dicha como en su calidad de superior. [279]

Tal y como figura en el acta de acusación, entre enero de 1993 y al menos hasta finales de mayo de 1993, Aleksovski aceptó del HVO o de sus agentes cientos de detenidos que eran civiles de origen bosnio musulmán, de modo que estuvieron bajo su custodia en el centro de detención de Kaonik.

Los detenidos provenían de diversos lugares, entre otros, los municipios de Vitez y Busovaca. Muchos de los detenidos bajo su control fueron sometidos a tratos inhumanos, como por ejemplo, interrogatorios excesivos y crueles, daños físicos y psicológicos, trabajos forzados ... incluso fueron usados como escudos humanos. Algunos de los detenidos fueron asesinados de uno u otro modo. | 280|

El procesado fue acusado, acumulativa o alternativamente, con "responsabilidad superior indirecta" a tenor del artículo 7(3) del Estatuto. La Sala de Primera Instancia señaló en primer lugar que los tres elementos constitutivos de este principio de responsabilidad penal se extraen del artículo 86(2) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 y del artículo 6 del Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional, y aparecen también reflejados en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Como cuestión preliminar, la Sala de Primera Instancia siguió el Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional y la sentencia en el caso Celebici, especificando que un individuo solamente incurre en responsabilidad penal superior indirecta cuando haya violentado un deber jurídico de actuar.

La Sala de Primera Instancia señaló que la interpretación del artículo 7(3) del Estatuto en el sentido de que engloba no sólo a los superiores militares, sino también a los civiles, está en consonancia con el Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional, el informe final de la Comisión de Expertos y el derecho internacional consuetudinario, tal cual se indica en la sentencia Celebici. A la hora de determinar si una persona en posesión de autoridad de facto ha de ser declarada responsable bajo el artículo 7(3) del Estatuto, la Sala de Primera Instancia especificó que el criterio decisivo viene dado por la capacidad de ejercer control que posea la persona en cuestión, lo cual se demuestra por los deberes y la jurisdicción que tenga conferidos.

Respecto del grado requerido de control, la Sala de Primera Instancia se guió por el Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional, según el cual, tal control habría de ser similar al de un militar en un puesto de mando análogo. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia sostuvo que el poder de un civil para imponer sanciones ha de ser interpretado liberalmente, dado que si se requirieran poderes similares a los que detente un superior militar equivalente, se estaría limitando considerablemente el alcance del artículo 7(3) del Estatuto. La Sala de Primera Instancia sostuvo también que es suficiente con la posibilidad de transmitir informes a las autoridades apropiadas en los casos en que se espera que una autoridad civil, por su posición jerárquica, informe acerca de la comisión de los crímenes y en los casos en que es probable que tales informes desaten una investigación o el inicio de medidas disciplinarias o penales.

En cuanto al requisito de que el superior sabía, o tenía razones para saber, que se iba a cometer un delito o que había sido cometido, la Sala de Primera Instancia tomó en consideración el fallo en el caso Celebici, en el cual no se aceptó la presunción del conocimiento. No obstante, a pesar de la reluctancia a la hora de aceptar como suficiente tal presunción, la Sala de Primera Instancia consideró que, dependiendo, entre otras, de las circunstancias geográficas y temporales, la posición jerárquica superior de una persona constituye en sí misma un indicativo importante de que tenía conocimiento de los crímenes.

"Finalmente, de conformidad con el comentario al Protocolo Adicional I y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional, y tal cual se sostuvo en el fallo del caso Celebici, la Sala de Primera Instancia mantuvo que "las medidas necesarias y razonables" a que se refiere el artículo 7(3) del Estatuto son aquéllas que se hallan comprendidas en las posibilidades materiales del superior. Tal posibilidad no puede considerarse de forma abstracta, sino que ha de ser evaluada caso por caso, en función de las circunstancias." |281|

Caso Blaskić.

El 3 de marzo de 2000, el General Blaskić fue condenado en su calidad de comandante del Consejo de Defensa Croata (HVO) por las atrocidades cometidas contra bosnio musulmanes entre mayo de 1992 y enero de 1994, en Bosnia-Herzegovina, concretamente en la región del Valle de Lasva. [282]

A Blaskić, en su calidad de comandante de las fuerzas bosnio-croatas, se le imputaron seis cargos de infracciones graves a los Convenios de Ginebra, once cargos de violación de las leyes y usos de la guerra (de los cuales la Fiscalía retiró uno), y tres cargos de crímenes contra la humanidad. Los crímenes en cuestión incluyen, entre otros, persecución, ataques ilegales contra civiles y objetos civiles, homicidio intencional, y causación de graves daños físicos, así como saqueo y destrucción de la propiedad.

"Blaskić era comandante del cuartel de las fuerzas armadas del HVO en centro Bosnia en el periodo que cubre el acta de acusación (a mediados de 1994 fue promovido a General). En su calidad de comandante militar, a Blaskić se le acusó de haber "planeado, instigado, u ordenado, o de cualquier otra forma ayudado o alentado a la planificación, preparación o ejecución" de los mencionados crímenes, de conformidad con el artículo 7(1) del Estatuto del ICTY (Responsabilidad Penal Individual). No se le acusó de haber cometido él directamente tales crímenes. Además, o alternativamente, y a tenor del artículo 7(3) del Estatuto del ICTY, Blaskić fue acusado de haber sabido, o haber tenido razones para saber que sus subordinados se estaban preparando para la comisión de los crímenes relatados en el acta de acusación, o que ya los habían cometido y no había hecho nada para impedir que se cometieran, o para castigar a los perpetradores (responsabilidad superior o del mando)." [283]

Según el Tribunal, la responsabilidad bajo el artículo 7(3) dictamina que un acusado puede ser declarado responsable de los actos de un subordinado en los casos en que el acusado "sabía o tenía razones para saber que el subordinado" iba a cometer un crimen de los previstos en el Estatuto o ya lo había cometido, y no adoptó las "medidas necesarias y razonables" para impedir el crimen o castigar a sus perpetradores. "Concurriendo con las decisiones de la Sala de Primera Instancia en los casos Celebici y Aleksovski, el Tribunal sostuvo que el artículo 7(3) lo conforman tres elementos: "(1) la existencia de una relación superior-subordinado entre el comandante (el acusado) y el perpetrador del crimen; (2) el acusado sabía o tenía razones para saber que el crimen iba a ser cometido o había sido cometido; y (3) el acusado no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir el crimen o castigar a su perpetrador".

En relación con el primer elemento - la existencia de una relación superior-subordinado - la Sala estuvo de acuerdo con la Sala de Primera Instancia en Celebici y mantuvo que una posición de mando no necesita ser meramente de jure, sino que ha de ser de factotambién; en tanto en cuanto el superior tenga "control efectivo" sobre los perpetradores, concurrirán los requerimientos del primer elemento. Por "control efectivo", la Sala de Primera Instancia, citando Celebici, declaró que con ello se quiere significar que el superior debiera tener la "capacidad material para prevenir y castigar la comisión" de los crímenes. Por tanto, no es necesario que el comandante tenga autoridad jurídica sobre el perpetrador.

En relación con el elemento intencional requerido para establecer la responsabilidad bajo el artículo 7(3), la Sala de Primera Instancia realizó una distinción entre "conocimiento de hecho" y "tenía razones para saber". En relación con el "conocimiento de hecho", la Sala de Primera Instancia sostuvo que puede ser éste probado a través de pruebas directas o circunstanciales. Para perfilar el significado de "tenía razones para saber", la Sala de Primera Instancia analizó la jurisprudencia posterior a la II Guerra Mundial y el Protocolo Adicional I. Concluyó que "si un comandante ha cumplido sus deberes con la diligencia debida y aún así no conoce que los crímenes van a

cometerse o han sido cometidos, tal falta de conocimiento no puede ser usada en su contra". El Tribunal sostuvo además que si un comandante desconoce los crímenes de los subordinados debido que se desempeñó con "negligencia en el cumplimiento de sus deberes", entonces el comandante "tenía razones para saber" a los efectos del artículo 7(3) del Estatuto del ICTY.

Finalmente, en lo que se refiere al elemento de si el comandante adoptó las medidas razonables para impedir la comisión del crimen, la Sala de Primera Instancia sostuvo que es el "grado de control efectivo, la capacidad material" del comandante el que determinará hasta qué punto va a ser tenido como responsable en relación con las medidas que se tomen contra los perpetradores, o para impedir la comisión de los crímenes." [284]

Caso Stakic.

En el caso *The Prosecutor v. Milomir Stakic* se aplicó el principio de responsabilidad del mando a un civil y no a un militar.

El 30 de junio de 2003 la Sala de Primera Instancia condenó al Dr. Milomir Stakic tras determinar que entre enero de 1991 y septiembre de 1992, el Dr. Stakic era la figura política destacada en el municipio de Prijedor y le halló responsable de varios crímenes cometidos contra no-serbios en Prijedor en calidad de co-perpetrador. El Dr. Stakic fue condenado por exterminio, asesinato, persecución incluyendo asesinato y deportación. Fue condenado a cadena perpetua.

El 7 de enero de 1991, miembros serbios de la Asamblea Municipal de Prijedor, y los presidentes de las Juntas Municipales locales del Partido Demócrata Serbio, proclamaron una asamblea paralela, denominada Asamblea del Pueblo Serbio del Municipio de Prijedor. El Dr. Milomir Stakic fue elegido presidente de la misma. A finales de abril de 1992 se habían creado en el municipio varias estaciones clandestinas de policía serbia y más de 1.500 hombres armados estaban listos para tomar el municipio. El Dr. Stakic reemplazó al presidente libremente elegido a la Asamblea Municipal, el profesor Cehajic. [285]

El 20 de mayo de 1992, la Asamblea Municipal fue reemplazada por una Oficina de crisis, presidida también por el Dr. Stakic.

La vida civil en Prijedor se vio transformada en todos los sentidos después de la toma del municipio. La presencia militar en la zona se vio notablemente incrementada y se puso en marcha propaganda de guerra contra los no serbios. Se establecieron los campos de Omarska, Keraterm y Trnopolje.

La Sala de Primera Instancia determinó que con frecuencia se cometían asesinatos en los campos, y que no había duda razonable alguna de que se cometieron varias masacres, entre otras, en la Habitación 3 del campo de Keraterm, en torno al 24 de julio de 1992. A finales de julio de 1992, más de cien personas fueron asesinadas en el campo de Omarska y el 5 de agosto de 1992, aproximadamente 120 personas fueron sacadas de Omarska en autobuses y después asesinadas. El 21 de agosto de 1992, unas 200 personas que iban en un convoy de deportados, escoltado por el Escuadrón de Intervención de Prijedor, fueron asesinadas en el monte Vlasic por miembros del mismo. Muchos más fueron asesinados durante los ataques del ejército serbio bosnio sobre los pueblos con predominio de musulmanes bosnio. Se perpetraron varias masacres de musulmanes. La Sala de Primera Instancia halló que se habían producido más de 1.500 asesinatos e identificó a 486 víctimas por su nombre.

En los campos se llevaron a cabo abusos y violaciones, y los miles de detenidos fueron sometidos a tratos inhumanos y degradantes, incluyendo palizas rutinarias y tortura. También se produjeron

deportaciones masivas de musulmanes bosnios. Más de 20.000 personas fueron víctimas de esta campaña de deportación. [286]

El Tribunal determinó que una persona puede ser penalmente responsable tanto como individuo, por sus propios actos y a tenor del artículo 7(1), como en su calidad de comandante civil o militar por los actos de sus subordinados, al amparo del artículo 7(3). Si embargo, esta Sala decidió seguir el razonamiento que empleó el Tribunal en el caso Krnojelac, que no encontró apropiado condenar ambos tipos de responsabilidad sobre la base de los mismos actos". [287] En este caso el Tribunal decidió tomar la posición de superior del acusado como circunstancia agravante de la responsabilidad penal a la luz del artículo 7(1). [288]

La Sala de Primera Instancia de este caso sostuvo que "el artículo 7(3) sirve ante todo como una cláusula amplia en los casos en que no se puede aplicar la base primaria de la responsabilidad. En los casos en que la evidencia lleva a la Sala de Primera Instancia a la conclusión de que determinados actos satisfacen los requisitos del artículo 7(1) y el acusado actuó como superior, esta Sala de Primera Instancia comparte el punto de vista de la Sala de Primera Instancia del caso Krnojelac en el sentido de que la condena ha de basarse en el artículo 7(1) y la posición del acusado en cuanto superior ha de obrar como circunstancia agravante. [289]

Caso Kunarac.

La Fiscalía acusó a los tres co-acusados, Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, serbios, de haber cometido violaciones a las leyes y usos de la guerra (violación, torturas, saqueo y ultrajes contra la dignidad de la persona), y de crímenes contra la humanidad (violación, tortura y esclavitud). Estas alegaciones se desprenden de su presunta participación en la detención, tratos degradantes y violación de mujeres y niñas en Foca y en los municipios de alrededor. [290]

Los cargos se presentaron al amparo del artículo 7(1) del Estatuto y, respecto de Dragoljub Kunarac, al amparo del artículo 7(3). La Fiscalía afirmó que al menos desde junio de 1992 y hasta febrero de 1993 Kunarac se desempeñó como comandante de una unidad especial de reconocimiento

Los cargos se presentaron al amparo del artículo 7(1) del Estatuto y, respecto de Dragoljub Kunarac, al amparo del artículo 7(3). La Fiscalía afirmó que al menos desde junio de 1992 y hasta febrero de 1993 Kunarac se desempeñó como comandante de una unidad especial de reconocimiento, que se incorporó al Grupo Táctico de Foca del Ejército Serbio-Bosnio, con su cuartel en Velecevo. [291] En relación con la acusación de torturas del artículo 3 del Estatuto, la Fiscalía introdujo expresamente como acusación los ultrajes a la dignidad personal, la violación y la tortura basándose en parte en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

"La Sala de Primera Instancia llegó a conclusiones sobre las partes del artículo 7(1) del Estatuto que consideró relevantes, ya que mantuvo que la Fiscalía no llegó a identificar las bases precisas sobre las que quería condenar al acusado... Las conclusiones de la Sala de Primera Instancia sobre la responsabilidad del mando a tenor del artículo 7(3) del Estatuto son similares a las de la sentencia de la Sala de Primera Instancia III en el caso *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*. Además declaró que un comandante con responsabilidad en cuanto superior 'puede ser un coronel al mando de una brigada, o un cabo al mando de una sección, o incluso un individuo sin rango alguno al mando de un pequeño grupo de hombres'. La Sala de Primera Instancia señaló que 'tanto quienes se hallan de forma permanente bajo el mando de un individuo como quienes se hallan bajo tal mando de forma sólo temporal, o sobre de manera ad hoc, han de considerarse como bajo el control efectivo de ese individuo en concreto. El carácter temporal de una unidad militar no es en sí mismo suficiente para excluir una relación de subordinación entre los miembros de la unidad y su comandante. [292]" [293]

Caso Naletilic.

En el caso Prosecutor V. mladen Naletilic, aka "Tuta" And Vinko Martinovic, aka "Stela", conocido como caso "Tuta and Stela", la Sala de Primera Instancia enfatizó la importancia del control efectivo a la hora de determinar si se da la responsabilidad por razón del mando. Si bien el conocimiento real no puede presumirse, el hecho de que un individuo sea un oficial al mando puede ser usado como un indicio de conocimiento en relación con los actos de sus subordinados.

"La Sala concluye que un superior "tenía razones para saber" si los siguientes criterios, adoptados por la Sala en el caso Celebici, se satisfacen:

un superior puede ser hallado penalmente responsable sólo si tenía a su disposición alguna información específica que advirtiera de los delitos cometidos por sus subordinados. No es necesario que esta información sea tal que por sí misma sea suficiente para imponer la conclusión de la existencia de dichos crímenes. Es suficiente ... que de la información se desprenda la necesidad de una investigación adicional para establecer si los crímenes estaban siendo cometidos o iban a ser cometidos por sus subordinados." [294]

Obediencia debida .

La obediencia debida no puede ser invocada como eximente de la responsabilidad penal en la comisión de crímenes contra la humanidad. Es decir, no existe exención de responsabilidad penal frente a los crímenes cometidos como consecuencia del cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico.

En este sentido, el Artículo 8 del Estatuto de Nuremberg establece: "El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de órdenes de su Gobierno o de un superior jerárquico no eximirá al acusado de responsabilidad, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere".

Y el Principio IV de los Principios de Nuremberg: "El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, siempre que de hecho haya tenido la posibilidad de elección moral. Sin embargo, puede esta circunstancia ser tomada en consideración para atenuar la pena si la justicia así lo requiere."

El artículo 5 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad dispone: "El hecho de que el acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [entre ellos el crimen de agresión] haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de responsabilidad criminal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si así lo exige la equidad".

En el mismo sentido se expresan, respecto de los crímenes de la competencia del Tribunal, el Artículo 7.4 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Artículo 6.4 del Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

A su vez, el Artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece:

"Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden

emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) No supiera que la orden era ilícita; y
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita."

III . Instrumentos jurídicos de aplicación subsidiaria a las organizaciones criminales paramilitares.

III.1 .- Paramilitarismo y crimen organizado a la luz de la "Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional".

"Desde la caída del muro de Berlín hemos visto aparecer un interés mayor de la prensa independiente y de la sociedad civil por los asuntos derivados de la corrupción, el tráfico de droga, lavado de dinero, comisiones ilegales, sobrefacturación etc.

El problema es de una gran importancia porque significa el debilitamiento evidente del sistema democrático (y de los valores éticos que se le presupone) en los países donde este sistema existe.

Es imposible compatibilizar democracia (estado social de derecho) y las formas de corrupción de cualquier orden. La ausencia de valores ideológicos, éticos y morales hace que los ciudadanos no tengan referencias válidas dentro del sistema y, consecuentemente, aumenta la inseguridad interna del mismo.

Las actividades ilegales desde el punto de vista normativo del estado o, bien, legales pero inmorales y no éticas desde el punto de vista social, pueden desarrollarse de dos grandes formas:

La primera de ellas es la conspiración política para apropiarse de bienes, empresas o instituciones que provean fondos para financiar actividades políticas, a través de grupos de presión fuera o dentro de los propios aparatos de los partidos políticos democráticos.

La segunda es la utilización de lo que se ha dado en llamar el "delito organizado" y que tiene como finalidad la utilización de organizaciones delictivas que desconocen intencionadamente a los estados democráticos y su moral normativa. Como tales funcionan de forma ilegal e inmoral a partir de una decisión conciente y deliberada y desarrollada en forma sistemática y organizada.

La falta de valores democráticos permite el desarrollo del tipo de organización corporativa y verticalista que tiene un valor ritual y mitológico para sus componentes. En este tipo de organización el padrinazgo, la cooptación, la obediencia ciega, los códigos internos son valores que sustituyen la razón normativa, la solidaridad social, la tolerancia, la justicia y obviamente la resolución de los problemas en forma cooperativa y democrática.

Es por ello que el comportamiento de las fuerzas políticas que participan de la corrupción, no se diferencian -a los ojos de los ciudadanos- del crimen organizado en su comportamiento. Estas actuaciones con fines oscuros y, necesariamente, insolidarios crea un sentimiento de inseguridad, poniendo en duda, cuando no eliminando, los valores éticos con los cuales se desarrolla y se sustenta la sociedad moderna." [295]

Los partidos y grupos políticos de clara tendencia antidemocrática tienen una cantidad de elementos

comunes con las organizaciones delictivas que les permiten utilizarse mutuamente y en muchos casos asociarse. Lo mismo pasa con las estructuras informales para recaudar fondos de los partidos democráticos ya que están obligados por el propio sistema que generan a compartir espacios marginales del sistema, como por ejemplo: las mismas redes de lavado y legalización del dinero, los mismos asesores legales, los mismos especialistas financieros y, en muchos casos, los mismos aparatos logísticos de la clandestinidad marginal que pueden utilizar los narcotraficantes o los mayoristas de armas.

Este es el caso de muchos servicios de inteligencia que utilizan a organizaciones criminales para sus fines más oscuros. Es lo que los especialistas han denominado la "zona gris". Ese lugar donde no se diferencia la política del delito; zona fronteriza entre los valores democráticos y el mundo antidemocrático; entre lo ético y lo amoral.

En muchos casos la "zona gris" ha pasado a conformar y dirigir el estado como ha pasado y pasa en muchos países. Incluso los valores morales se rigen por el secretismo y el funcionamiento sectario. Basta con ver lo que sucede en países como Croacia, Serbia, Nigeria, Zaire, Pakistán, Afganistán, Myanmar, Turquía, Argentina, México, Guatemala, Perú... y Colombia.

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional [296] se conoce como Convención de Palermo. Fue adoptada por la Asamblea General en diciembre de 2000. Entró en vigor el 29 de septiembre de 2003. Colombia es estado parte en la misma. La firmó el 12 de diciembre de 2000 y la ratificó el 4 de agosto de 2004.

Dice en su art. 1:

Finalidad

El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Y en su art. 2:

Definiciones

Para los fines de la presente Convención:

- a) Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
- b) Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;
- c) Por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;
- d) Por "bienes" se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

- e) Por "producto del delito" se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;
- f) Por "embargo preventivo" o "incautación" se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente;
- g) Por "decomiso" se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;
- h) Por "delito determinante" se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención;
- i) Por "entrega vigilada" se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos;
- j) Por "organización regional de integración económica" se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los "Estados Parte" con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.

Artículo 3

Ámbito de aplicación

1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de:

- a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y
- b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si:

- a) Se comete en más de un Estado;
- b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
- c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
- d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

La determinación de la responsabilidad penal individual por participación en estos grupos es como sigue según la Convención:

Artículo 5

Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

La convención determina también la "Penalización del blanqueo del producto del delito" (art. 6); "Medidas para combatir el blanqueo de dinero" (art. 7); "Penalización de la corrupción" (art. 8) (La convención, y por consiguiente los Estados Partes en la misma, penaliza a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales); "Medidas contra la corrupción" (art. 9); Responsabilidad de las personas jurídicas" (art. 10); "Proceso, fallo y sanciones" (art. 11); "Decomiso e incautación" (art. 12)...

En relación con la cuestión de los recuperación de los bienes apropiados ilícitamente por estos

grupos, dispone la Convención:

Artículo 12

Decomiso e incautación

1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

Artículo 13

Cooperación internacional para fines de decomiso

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para

conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 18 de la presente Convención serán aplicables mutatis mutandis al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 18, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;

b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden;

c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.

5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes y reglamentos o una descripción de ésta.

6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. Los Estados Parte podrán denegar la cooperación solicitada con arreglo al presente artículo si el delito al que se refiere la solicitud no es un delito comprendido en la presente Convención.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada con arreglo al presente artículo.

Artículo 14

Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados

1. Los Estados Parte dispondrán del producto del delito o de los bienes que hayan decomisado con arreglo al artículo 12 o al párrafo 1 del artículo 13 de la presente Convención de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos.

2. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos.

3. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo a los artículos 12 y 13 de la presente Convención, los Estados Parte podrán considerar en particular la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos en el sentido de:

a) Aportar el valor de dicho producto del delito o de dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes o una parte de esos fondos, a la cuenta designada de conformidad con lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 30 de la presente Convención y a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada;

b) Repartirse con otros Estados Parte, sobre la base de un criterio general o definido para cada caso, ese producto del delito o esos bienes, o los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, de conformidad con su derecho interno o sus procedimientos administrativos.

Y en cuanto a la cuestión de la extradición:

Artículo 16

Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

2. Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el

presente artículo también respecto de estos últimos delitos.

3. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Los Estados Parte se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.

4. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

5. Los Estados Parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado deberán:

a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerarán o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y

b) Si no consideran la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, esforzarse, cuando proceda, por celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.

6. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

7. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.

8. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

9. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

11. Cuando el derecho interno de un Estado Parte le permita conceder la extradición o, de algún otro modo, la entrega de uno de sus nacionales sólo a condición de que esa persona sea devuelta a ese

Estado Parte para cumplir la condena que le haya sido impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se haya solicitado la extradición o la entrega, y cuando ese Estado Parte y el Estado Parte que solicite la extradición acepten esa opción, así como otras condiciones que estimen apropiadas, esa extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 10 del presente artículo.

12. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.

13. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

15. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

16. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.

17. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

En cuanto al enjuiciamiento de los responsables, las disposiciones de la Ley de Justicia y paz chocan de lleno con el art. 11 de la Convención:

Artículo 11

Proceso, fallo y sanciones

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

2. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.

3. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o

la apelación se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

4. Cada Estado Parte velará por que sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos.

5. Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

6. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

III.2 .- Paramilitarismo y crimen organizado a la luz de la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ."

"La delincuencia organizada puede usar deliberadamente la corrupción para aumentar su participación en los mercados ilegales... Asimismo, la delincuencia organizada puede usar prácticas corruptas para extorsionar a empresas legales...

Debido a los enormes costos de la corrupción, las Naciones Unidas redobló sus esfuerzos para reducirla. La lucha contra la corrupción se había llevado en el marco de la lucha contra la delincuencia, sin embargo, debido a la importancia del tema, se empezaron a buscar medios dedicados específicamente a la lucha contra la corrupción...

La ONU cuenta con diversos documentos que abordan el tema de la corrupción. Uno de estos documentos es el Código de Conducta de las Naciones Unidas para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General en 1979, el cual contiene una cláusula que establece que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben evitar la corrupción y luchar contra ella vigorosamente.

Además, en la Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales internacionales, de 1996, se insta tanto al sector privado como al sector público a cumplir con las leyes y normas de las naciones donde realizan negocios y a tener en cuenta las consecuencias de sus actos sobre el desarrollo económico y social y el medio ambiente...

En un esfuerzo por cerrar filas contra la corrupción, la Asamblea General, reconoció en su resolución 55/61 (4 de diciembre de 2000), que sería conveniente contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, que fuera independiente de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por lo que decidió establecer en Viena un comité especial para elaborar dicho instrumento internacional. La Asamblea General en su resolución 56/260, del 9 de abril de 2002, dispuso que el Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción negociara una convención amplia y eficaz sobre la materia. Asimismo, pidió al Comité Especial elaborar un proyecto de convención que adoptara un criterio amplio y multidisciplinario y tuviera en cuenta, entre otras cosas, los siguientes elementos

indicativos: definiciones; ámbito de aplicación; protección de la soberanía; medidas preventivas; penalización; sanciones y reparaciones; decomiso e incautación; jurisdicción; responsabilidad de las personas jurídicas; protección de los testigos y las víctimas; promoción y fortalecimiento de la cooperación internacional; acción preventiva y lucha contra la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el lavado de activos, así como la repatriación de dichos fondos; asistencia técnica; recopilación, intercambio y análisis de información, y mecanismos de seguimiento de la aplicación.

El texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se elaboró a lo largo de siete períodos de sesiones del Comité Especial, entre el 21 de enero de 2002 y el 1 de octubre de 2003, fecha en que se terminó el borrador de la Convención. El mismo fue aprobado el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General." [297]

La lucha contra la corrupción ha sido también impulsada por varios tratados internacionales, como la Convención Interamericana contra la Corrupción [298], aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 (4), el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997 [299], el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999 [300], el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999 y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003,

La Convención de la ONU contra la corrupción entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. La República de Colombia la firmó el 10 de diciembre de 2003 y la ratificó el 27 de octubre de 2006.

En la Convención de la ONU contra la corrupción, se entiende por "funcionario público": " i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte".

La Convención incorpora una serie de disposiciones que tienen por finalidad la recuperación de activos, que se señala expresamente como "principio fundamental de la Convención". Así, el art. 52 se refiere a la "Prevención y detección de transferencias del producto del delito", el art. 53 a las "Medidas para la recuperación directa de bienes", el art. 54 a los "Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso", el art. 55 a la "Cooperación internacional para fines de decomiso", y el art. 57 a la "Restitución y disposición de activos".

Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción, que entró en vigor el 3 de junio de 1997 y de la que Colombia es Estado parte, formula como propósitos:

Artículo II

Propósitos

Los propósitos de la presente Convención son:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y
2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

La Convención es aplicable a las siguientes conductas:

Artículo VI

Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:
 - a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
 - b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
 - c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
 - d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
 - e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.
2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

Prevé las siguientes medidas sobre bienes:

Artículo XV

Medidas sobre bienes

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos

que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

2. El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

En cuanto a la naturaleza del acto:

Artículo XVII

Naturaleza del acto

A los fines previstos en los artículos XIII, XIV, XV y XVI de la presente Convención, el hecho de que los bienes obtenidos o derivados de un acto de corrupción hubiesen sido destinados a fines políticos o el hecho de que se alegue que un acto de corrupción ha sido cometido por motivaciones o con finalidades políticas, no bastarán por sí solos para considerar dicho acto como un delito político o como un delito común conexo con un delito político.

Por todo lo expuesto,

Los grupos paramilitares son grupos que tienen como finalidad, *inter alia*, la comisión de actos que constituyen crímenes contra la humanidad y por eso pueden ser declarados "Empresas criminales conjuntas".

Como consecuencia, la responsabilidad penal individual de sus miembros puede ser determinada por el hecho de la pertenencia voluntaria a esas organizaciones con finalidad delictiva.

Los crímenes fruto de la aplicación del plan de la empresa criminal conjunta, es decir, los crímenes contra la humanidad, son imprescriptibles, no amniables, a sus responsables no se les puede otorgar asilo político ni refugio, están sujetos al principio de la jurisdicción penal universal, no están sometidos al principio de cosa juzgada. Su prohibición es una norma de derecho internacional de la más alta jerarquía, esto es, de *ius cogens*.

A su vez,

Los paramilitares son parte de organizaciones criminales en el sentido de la Convención de crimen organizado transnacional y por ello sus actividades de narcotráfico, expropiación de bienes inmuebles, fincas, etc. caen totalmente dentro de la aplicación de esta Convención.

Estos crímenes se financian a través el fruto del delito conseguido mediante actividades que están penalizadas por la Convención de Palermo, de la que Colombia es Estado Parte. Dicha financiación requiere de una estructura articulada en torno a lo que la Convención llama "Grupo Delictivo Organizado".

Por lo tanto todos los bienes obtenidos por medios legales o ilegales deben ser incautados, incluyendo obviamente los bienes obtenidos por la comisión de crímenes contra la humanidad.

Como consecuencia, podemos afirmar que las organizaciones paramilitares son responsables de crímenes contra la humanidad e integran una "empresa criminal conjunta", con el agravante de que integran además una organización criminal en el sentido de la Convención del Crimen organizado con cuyas actividades financian sus operaciones militares.

Equipo Nizkor

Madrid y Bruselas, 12 de junio de 2007

Notas:

[*] Observación: Todas las traducciones del idioma inglés al español del presente documento han sido realizadas por el Equipo Nizkor. [Volver]

1. Cf. "Recomendación de Criterios de Reparación y Proporcionalidad Restaurativa", ponencia presentada en el Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quesada el 7 de mayo de 2007.

[Volver]

2. Lawyers Enterprise Consultoría y Servicios Legales Especializados, Concepto Jurídico sobre el Proceso de la Parapolítica. Documento de 26 páginas firmado por el Abogado Abelardo de la Espriella y distribuido por la prensa en Bogotá. (La negrilla es parte del documento original). [Volver]

3. Ver: Entrevista realizada por Gregorio Dionis a Michael Levine, ex oficial de la DEA, acerca de la política estadounidense de control de tráfico de drogas, Documentos en audio de Radio Nizkor, 01h02n13ss, 26sep04. Disponible en: <http://www.radionizkor.org/usa/index.html#mlevine> [Volver]

4. Informe del Secretario General de conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución del Consejo de Seguridad 808 (1993), U.N: Doc. S/25704, 3 mayo 1993, párr. 48 [Volver]

5. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, adoptado por el C.S. Res. 955, U.N. SCOR, 49º Período de Sesiones, 3453ª sesión p. 3, U.N. Doc. S/RES/955 (1994), 33 I.L.M. 1598, 1600 (1994) [Volver]

6. Seventh report on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur (41st session of the ILC (1989)), A/CN.4/419 & Corr.1 and Add.1, p. 88, paras 60 and 62. [Volver]

7. Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996. Asamblea General. Documentos Oficiales Quincuagésimo primer período de sesiones. Suplemento No. 10 (A/51/10), p. 101 [en adelante, "Código de Crímenes"]. Este informe contiene el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en su versión de 1996. [Volver]

8. Código de Crímenes, p. 102. [Volver]

9. Nazi Conspiracy and Aggression. Opinion and Judgment, United States Printing Office. Washington, 1947, p. 84 [Volver]

10. Código de Crímenes, p. 103. Véase además Opinión and Judgment, en relación con los acusados Streicher y von Schirach, pp. 129 y 144 respectivamente. [Volver]

11. Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, Trial Chamber I, Case: IT-00-39-T, 27 September 2006. Texto completo en su versión original en inglés disponible en: <http://www.un.org/icty/krajisnik/trialc/judgement/kra-jud060927e.pdf> (Visitada por última vez el 20 de mayo de 2007) [Volver]
12. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, A.G. res. 2391 (XXIII), anexo 23 U.N. GAOR Supp. (No. 18) p. 40, U.N. Doc. A/7218 (1968), entrada en vigor 11 de noviembre de 1970. [Volver]
13. Tadic Appeal Judgement, para. 249. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supranota 11, párr. 704. [Volver]
14. Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 85; Blaški Appeal Judgement, para. 124. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 705. [Volver]
15. Tadic Appeal Judgement, para. 251. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supranota 11, párr. 706. [Volver]
16. Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 86; Krnojelac Trial Judgement, para. 61; Naletili and Martinovi Trial Judgement, paras 238-40; Simi et al. Trial Judgement, paras 978-80; Branin Trial Judgement, para. 159. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. [Volver]
17. Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 94. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supranota 11, párr. 706. [Volver]
18. Ibid., para. 94. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. [Volver]
19. Ibid., paras 98, 101. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. El TPIY, en la sentencia Kunarac de 12 de junio de 2002, dictada por la Sala de Apelaciones, no deja lugar a dudas al afirmar que la prueba de la existencia de un plan o política encaminados a la comisión de este tipo de crímenes no forma parte de los elementos del tipo. Sí constituyen en cambio elementos del tipo el carácter generalizado o sistemático del ataque y el que esté dirigido contra población civil. En palabras de la Sala "[L]a existencia de una política o plan pueden ser relevantes desde el punto de vista de la prueba, pero no constituyen un elemento del crimen." (Kunarac, Appeal Judgement, para. 98.) [Volver]
20. Prosecutor v. Duško Tadic, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 102. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supranota 11, párr. 706. [Volver]
21. Tadic Trial Judgement, para. 643; Kupreški Trial Judgement, para. 547-8; Krnojelac Trial Judgement, para. 56; Naletili and Martinovi Trial Judgement, para. 235; Gali Trial Judgement, para. 143; Branin Trial Judgement, para. 134; Blagojevi and Joki Trial Judgement, para. 544. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. [Volver]
22. Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 90. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supranota 11, párr. 706. [Volver]
23. Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 100. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. En este caso, la Sala de Apelaciones dijo además que los actos del acusado "no necesitan haber sido cometidos en medio de ese ataque. Un crimen cometido antes o después del

ataque principal contra la población civil, o en otra zona, puede ser parte de ese ataque si hay conexión suficiente con el mismo" [Volver]

24. Blaškić Appeal Judgement, para. 124. Citado en: Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. [Volver]

25. Tadić Appeal Judgement, paras 248, 252; Kunarac et al. Appeal Judgement, para. 103. Citado en: Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 706. [Volver]

26. Caso Adolfo Scilingo, Sentencia Núm. 16/2005, Sección Tercera, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional, 19 de abril de 2005. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/sentencia.html> (visitada por última vez el 08jun07) [Volver]

27. Código de Crímenes, pp. 100 y ss. [Volver]

28. Bassiouni, Cherif, Crimes Against Humanity in International Criminal Law 291 (1992) [Volver]

29. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs 93 a 104. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/almonacid.html> (visitada por última vez el 16may07). [Volver]

30. Citado en: Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major war Criminals, Nuremberg, 30 September and 1 October 1946 (Nuremberg judgment), Cmd. 6964, Misc. No. 12 (London: H.M.S.O. 1946). [Volver]

31. Ver preámbulo de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos7.htm> (Visitada por última vez el 16may07) [Volver]

32. Disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm> (visitada por última vez el 16may07) [Volver]

33. Taylor, Telford, Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council law No. 10 , Government Printing Office, Washington, DC, 1949 [Volver]

34. U.N. Doc. S/RES/955, Anexo, adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU el 8 de noviembre de 1994. [Volver]

35. Sentencia comentada en 78 American Journal Int'l Law, 677, 198.4 [Volver]

36. Nota: La cursiva no forma parte del texto original. [Volver]

37. Nota: La cursiva no forma parte del texto original. [Volver]

38. Código de Crímenes, p. 106 [Volver]

39. Bassiouni, Cherif, Crimes Against Humanity in International Criminal Law, p. 317 (1992) [Volver]

40. Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, supra nota 11. [Volver]

41. El artículo 5 del Estatuto del TPIY dispone:

"El Tribunal Internacional estará facultado para enjuiciar a las personas responsables de los siguientes crímenes cuando hayan sido cometidos en el marco de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) Homicidio intencional;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos."

Ver: Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, adoptado por el C.S. Res. 827, U.N. SCOR, 48º Período de Sesiones, 3217ª sesión, p. 6, U.N. Doc. S/RES/827 (1993), 32 I.L.M. 1203 (1993). [Volver]

42. Tadic Trial Judgement, párrs. 700, 702-3; Kupreški et al. Trial Judgement, párrs. 605, 614. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 735 [Volver]

43. Indictment in the case United States et al. v. Hermann Göring et al., International Military Tribunal (6 October 1945), in "Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal" [Volver]

14 November 1945 - 1 October 1946, Nuremberg 1947, pp. 27, 55-60, 65; indictment in the case United States v. Ulrich Greifelt et al. (RuSHA case), American Military Tribunal (July 1947), in 4 TWC 608, 610, 616, 618; indictment in the case United States v. Oswald Pohl et al. (Pohl case), American Military Tribunal (Indictment, 13 January 1947), in 5 TWC 200, 204, 207. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 766. [Volver]

44. Nuremberg Judgement, p. 248. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 766. [Volver]

45. Ibid., p. 283. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 766. [Volver]

46. Ibid., p. 296 (Alfred Rosenberg), p. 298 (Hans Frank), pp. 306-7 (Walter Funk), pp. 328-9 (Arthur Sey-Inquart), p. 335 (Konstantin von Neurath), p. 171 (Martin Bormann). Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 767. [Volver]

47. RuSHA case, American Military Tribunal (10 March 1948), in 5 TWC 88, 147-52; Pohl case, American Military Tribunal (3 November 1947), in 5 TWC 958, 976-8; United States v. Ernst von Weizsäcker et al. (Ministries case), American Military Tribunal (13 April 1949) 314, 680-794. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 767. [Volver]

48. United States v. Friedrich Flick et al., American Military Tribunal (22 December 1947), in 6 TWC 1187, 1214-5. This reasoning was adopted by the American Military Tribunal in the I.G. Farben case when considering various instances of plunder and spoliation of industrial property in German occupied territory (United States v. Carl Krauch et al. (I.G. Farben case), American Military Tribunal (30 July 1948), in 8 TWC 1081, 1129-30). Citado en: Prosecutor v. Momcilo

Krajišnik, supra nota 11, párr. 767. [Volver]

49. Artículo 147 de la IV Convención de Ginebra. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 769. [Volver]

50. Kordi and erkez Appeal Judgement, paras 109 and 672. Citado en: Prosecutor v. Momcilo Krajišnik, supra nota 11, párr. 770. [Volver]

51. Los párrafos 820 a 828, ambos incl., de la sentencia de 27 de septiembre de 2006 en el caso Krajišnik, desarrollan la aplicación práctica al caso de la figura de saqueo y apropiación indebida en cuanto persecución como acto que constituye crimen contra la humanidad. [Volver]

52. Taylor, Telford, Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council law No. 10 [Volver]

53. Código de Crímenes, p. 108 [Volver]

54. Nazi Conspiracy and Aggression. Opinion and Judgment, pp. 84, 129-131 y 144-146 [Volver]

55. Ver: Richard Rhodes, Masters of Death: The SS-Einsatzgruppen and the Invention of the Holocaust, Vintage Books Edition, Random House, NY, August 2003; Ben Shepherd, War in the Wild East: The German Army and Soviet Partisans, Harvard University Press, London, 2004; Geoffrey P. Megargee, War of Annihilation: Combat and Genocide on the Eastern Front, 1941, Rowman and Littlefield Publishers Inc, 2006; Wendy Lower, Nazi Empire-Building and the Holocaust in Ukraine, The University of North Carolina Press, 2005. [Volver]

56. Ver: Ralph William Johnson, Phoenix / Phung Hoang: A Study of wartime Intelligence Management, The American University, Washington D.C., 1982. Master Thesis published by University Microfilms International. Certified copy in Equipo Nizkor's Documentation Center. [Volver]

57. Ver: Alfred W. McCoy, The Politics of Heroin: CIA Complicity in the Global Drug Trade: Afghanistan, Southeast Asia, Central America and Colombia, Laurence Hill Books, Chicago, 2003. Este libro es la segunda edición revisada del original "The Politics of heroin in Sourtheast Asia", 1972. [Volver]

58. Texto disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/econ/RICO.html> (Visitada por última vez el 10jun07) [Volver]

59. Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf (Visitada por última vez el 10jun07). [Volver]

60. Cfr. Decreto legislativo 3398 de 24 de diciembre de 1965; y Ley 48 de 16 de diciembre de 1968; sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998; e informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989, E/CN.4/1990/22/Add.1 de 24 de enero de 1990, y peritaje del señor Federico Andreu rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el día 7 de marzo de 2005. Citado en: Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, supra nota 59, párr. 96.1. [Volver]

61. Cfr. sentencia emitida por el Tribunal Nacional el 14 de abril de 1998; sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998; sentencia emitida por el Juzgado Regional de Cúcuta el 28 de mayo de 1997; informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989, E/CN.4/1990/22/Add.1 de 24 de enero de 1990; e informe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de 15 de marzo de 1989, y peritaje del señor Federico Andreu rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el día 7 de marzo de 2005. Citado en: Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, supra nota 59, párr. 96.2. [Volver]

62. Cfr. Decreto 0815 de 19 de abril de 1989; sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia el 25 de mayo de 1989, y peritaje del señor Federico Andreu rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el día 7 de marzo de 2005. Citado en: Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, supra nota 59, párr. 96.5. [Volver]

63. Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2005/10, 28 de febrero de 2005, párr. 8, e Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2001/15, 20 de marzo de 2001, párrs. 29 y 30 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 39, folios 3627, 3628, 3650 y 3651). Citado en: Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, supra nota 59, párr. 96.18. [Volver]

64. Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2001/15, 20 de marzo de 2001, párrs. 131, 134 y 254 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 39, folios 3627, 3628, 3650 y 3651); Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2005/10, 28 de febrero de 2005, párrs. 9, 45, 61, 73, 84, 87, 112 a 116; Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2004/13, 17 de febrero de 2004, párrs. 22, 24, 26, 59, 65 y 73; Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2003/13, 24 de febrero de 2003, párrs. 34, 74 y 77 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 41, folios 3703, 3712 y 3713); Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2002/17, 28 de febrero de 2002, párrs. 202, 211, 356 y 365 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 42, folios 3794, 3795, 3796, 3825 y 3827); Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2000/11, 9 de marzo de 2000, párrs. 25 y 111; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/1998, 9 de marzo de 1998/16, párrs. 21 y 29; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/1998/16, 9 de marzo de 1998, párrs. 27, 28, 29, 34, 42, 46 y 88; peritaje del señor Federico Andreu Guzmán rendido ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 7 de marzo 2005, y declaración jurada rendida por la perito Robin Kirk el 15 de febrero del 2005 (expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4617). Citado en: Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, supra nota 59, párr. 96.19. [Volver]

65. Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2005/10, 28 de febrero de 2005, párrs. 61 y 92; Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2004/13, 17 de febrero de 2004, párrs.

26, 27, 28, 34 y 77; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 2002, E/CN.4/2003/13, 24 de febrero de 2003, párr. 77 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 41, folio 3713); Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2002/17, 28 de febrero de 2002, párr. 211, 212 y 365 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 42, folios 3794, 3795, 3796 y 3825); Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 2000, E/CN.4/2001/15, 20 de marzo de 2001, párrs. 57, 142, 206 y 254 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 39, folios 3613, 3630, 3642, 3650 y 3651), e Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2000/11, 9 de marzo de 2000, párr. 27, 47, 146 y 173. Citado en: Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, supra nota 59, párr. 96.20. [Volver]

66. Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 1997, E/CN.4/1998/16, 9 de marzo de 1998, párrs. 29 y 91; Cuarto Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, 1997, págs. 59 y 60, citado en el citado Informe de la Alta Comisionada. Citado en: Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, supra nota 59, párr. 119. [Volver]

67. Ver: Gregorio Díaz Dionis, La economía del delito al servicio de la política, Ko'aga Roñe'eta, se. viii (1999), <http://www.derechos.org/koaga/viii/dionis1.html>. Artículo originalmente publicado en la revista española "Razón y Fe" en el año 1993. [Volver]

68. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 29. A los efectos que aquí interesan, ver párrafos 93 a 144 ambos incl. [Volver]

69. Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 80.18. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/peru/doc/cantuta3.html> (visitada por última vez el 16may07). [Volver]

70. Negrilla añadida [Volver]

71. Cfr. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Prosecutor v. Erdemovic, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at para. 28 (Citado en: Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 225):

Crimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health, and or dignity. They are inhumane acts that by their extent and gravity go beyond the limits tolerable to the international community, which must perforce demand their punishment. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity.

Los crímenes contra la humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes

contra la humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen contra la humanidad es el concepto de la humanidad como víctima (traducción libre) [Volver]

72. Cfr. O.N.U., Extradición y castigo de criminales de guerra, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3 (I) de 13 de febrero de 1946; Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946; Extradición de delincuentes de guerra y traidores, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 170 (II) de 31 de octubre de 1947; Cuestión del Castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2338 (XXII) de 18 de diciembre de 1967; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 25 de noviembre de 1968; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2712 (XXV) de 14 de diciembre de 1970; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971, y Prevención del delito y la lucha contra la delincuencia, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3020 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972. (Citado en: Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 225) [Volver]

73. La Asamblea General sostuvo que la "investigación rigurosa" de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, "son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales". Cfr. O.N.U., Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969. (Citado en: Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 225) [Volver]

74. "Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. [...] Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad" (O.N.U., Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVIII) 3 de diciembre de 1973) (Citado en: Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 225) [Volver]

75. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. [Volver]

76. Texto completo disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html> (Visitada por última vez el 16may07). [Volver]

77. Dobkine, Michel, Crimes et humanité - extraits des actes du procès de Nuremberg - 18 octobre 1945/1er octobre 1946, Ediciones Romillat, Paris 1992, pp. 49-50. [Volver]
78. Citado en: Morris Virginia and Scharf Michael P., An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Transnational Publishers, Inc., NY, 1995, pp. 73-74 [Volver]
79. Informe Final de la Comisión de Expertos para la investigación de las graves transgresiones de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, documento de las Naciones Unidas S/1994/674, de 27 de mayo de 1994, párrafo 73. [Volver]
80. Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg 14. November 1945 - 1. Oktober 1946, Nürnberg 1947, tomo II, p. 150 [Volver]
81. Huhle, Rainer De Nüremberg a la Haya KO'AGA ROÑE'ETA se.v (1997) - <http://www.derechos.org/koaga/v/1/huhle.html> [Volver]
82. Nur. U.S. Mil. Trib, 4 Dec. 1947, Justice Trial, A.D., 1947, 282; Canada, High Court of Justice, 10 July 1989, Regina v. Finta, I.L.R., 82, p. 441 [Volver]
83. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos de su décimo segunda sesión, Documentos oficiales de la Asamblea General, quinta sesión, Suplemento No. 12 (A/1316), pp. 12-16 (versión en lengua francesa) [Volver]
84. Osmańczyk, Edmund J., Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pp. 787-788. Ver también sitio web documental de la Universidad de Minnesota: <http://www.umn.edu/humanrts> [Volver]
85. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996. Asamblea General. Documentos Oficiales Quincuagésimo primer período de sesiones. Suplemento No. 10 (A/51/10), p. 20 [en adelante, Informe CDI 1996]. Este informe contiene el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad correspondiente a 1996. [Volver]
86. Informe CDI 1996. p. 101 [Volver]
87. Corte Internacional de Justicia, fallo de 5 de febrero de 1970, asunto Barcelona Traction Light and Power Company, párrafo 32, en Recueil des Arrêts de la Cour Internationale de Justice - 1970, original en francés, traducción libre. [Volver]
88. La negrilla es nuestra [Volver]
89. Sentencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, Sala II, Buenos Aires, 07 de agosto de 2003. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/riveros1.html> (Visitada por última vez el 16may07) [Volver]
90. Este epígrafe relativo a las características de los crímenes contra la humanidad por razón de su naturaleza puede consultarse in extenso en los siguientes documentos:

Escrito de conclusiones definitivas en el caso Adolfo Scilingo calificando los hechos como Crímenes, disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/alternativa.html> (Conclusiones definitivas de la Acusación Popular de la AAPDH-M preparadas por el Equipo Nizkor. Texto completo con índice de lectura. Madrid, 07mar05)
Texto completo del recurso de casación en el caso Cavallo, Madrid, 20feb07. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/casacioncav.html> [Volver]

91. Caso Priebke, Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, Fallos318:2148, de 2 de noviembre de 1995. Ver consid. 82 del voto del juez Bossert y consid. 68 del voto conjunto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor. [Volver]

92. Sentencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, Sala II, Buenos Aires, supra nota 89. [Volver]

93. Ver texto completo en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (Visitada por última vez el 10nov06). A los efectos que aquí interesan, ver párrafos 93 a 144 ambos incl. [Volver]

94. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf (visitada por última vez el 16may07) [Volver]

95. Caso Almonacid, supra nota 29. (La negrilla es nuestra). [Volver]

96. Caso Almonacid, supra nota 29. [Volver]

97. S. 1767. XXXVIII. "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. --causa N° 17.768--" - CSJN - 14/06/2005, Corte Suprema, Buenos Aires, 14 de junio de 2005. Texto completo disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/nulidad.html> [Volver]

98. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 44. [Volver]

99. Cfr. Caso Barrios Altos, supra nota 140 [nota 98 del presente documento], párr. 48. Caso Bámaca Vélasquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 201. [Volver]

100. Cfr. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 2, f. 2520) [Volver]

101. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_genoci_sp.htm (Visitada por última vez el 16may07) [Volver]

102. Musema (Trial Chamber), 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-A, párr. 164 [Volver]

103. Prosecutor v. Rutaganda (Trial Chamber), 6 de diciembre de 1999, párr. 59 [Volver]

104. Akayesu (Trial Chamber), 2 de septiembre de 1998 párrs. 498, 517-522 [Volver]

105. Jelusic (Trial Chamber), 14 de diciembre de 1999, párr. 66 [Volver]

106. Prosecutor v Jelusic, Case No. IT 95-10 (Appeals Chamber), 5 de julio de 2001, párr. 46 [Volver]
107. Amicus Curiae ante el Tribunal Supremo español, Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic, Facultad de Derecho de Yale, 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicial/doc/yaleamicus2.html> [Volver]
108. Convención contra el genocidio, supra nota 101, art. 2. [Volver]
109. Ver Doudou Thiam, Special Rapporteur, Fourth Report on the Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, UN Doc. A/CN.4/398. Citado en Amicus Curiae, supra nota 107 [Volver]
110. La Fiscalía v. Zoran Kupreskic, et al. ICTY, IT-95-16-T. Sala de Primera Instancia, ¶ 636, 14 de enero de 2000. Citado en Amicus Curiae, supra nota 107 [Volver]
111. La Fiscalía v. Radislav Krstic, ICTY, IT-98-33-PT. Sala de Primera Instancia, ¶ 561 02 de agosto de 2001 (énfasis en el original). Citado en Amicus Curiae, supra nota 107 [Volver]
112. Sentencia Núm. 16/2005, Sección Tercera, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional, 19 de abril de 2005, pp. 25-26. Citado en Amicus Curiae, supra nota 107 [Volver]
113. La Fiscalía v. Momcilo Karjišnik, ICTY, IT-00-39-T. Sala de Primera Instancia, 27 de septiembre de 2006, ¶ 858. Citado en Amicus Curiae, supra nota 107 [Volver]
114. Id. ¶ 869. Citado en Amicus Curiae, supra nota 107 [Volver]
115. Id. ¶ 1173. Citado en Amicus Curiae, supra nota 107 [Volver]
116. Informe incluido en la obra: Richard Breitman, Norman J.W. Goda, Timothy Naftali, and Robert Wolfe, U.S. Intelligence and the Nazis, (Washington, DC: National Archive Trust Fund Board, 2004) . Washington: National Archives Trust Fund Board, 2004) [Volver]
117. Ver: Richard Breitman, Norman J.W. Goda, Timothy Naftali, and Robert Wolfe, U.S. Intelligence and the Nazis, (Washington, DC: National Archive Trust Fund Board, 2004) . Washington: National Archives Trust Fund Board, 2004). [Volver]
118. Ver: Richard Rhodes, Masters of Death. The SS Einsatzgruppen and the Invention of the Holocaust, Vintage Books Edition, Random House, NY, August 2003; Henry Friedlander, The origins of Nazi Genocide from Euthanasia To The Final Solution, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, London, 1995; Ben Shepherd, War in the Wild East. The German Army and Soviet Partisans, Harvard University Press, London, 2004; Wendy Lower, Nazi Empire - Building and The Holocaust in Ukraine, The University of North Carolina Press, Published in asociation with the United States Holocaust Memorial Museum, 2005; Edward B. Westermann, Hitler's Police Battalions. Enforcing Racial War in the East, University Press of Kansas, 2005. [Volver]
119. Cf. Walter Darré, La Política Racial Nacionalsocialista, División de Adoctrinamiento, N.S.D.A.P, Munich, 1941 [Volver]
120. Rahaël Lemkin, Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress, Carnegie Endowment for International Peace, New Jersey, 2005, p.91. Publicación original: Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace,

Division of International Law, 1944. [Volver]

121. Lemkin considera como antecedentes del crimen de genocidio hechos históricos comparables como los que menciona en el siguiente comentario: "Como ejemplos clásicos de guerras de exterminio en que fueron completamente, o casi completamente, destruidas naciones y grupos de población, pueden citarse los siguientes: la destrucción de Cartago en 146 A.C.; la destrucción de Jerusalén por Tito en 72 D.C.; las guerras religiosas del Islam y las Cruzadas; las masacres de los albigenses y los waldenses; y el sitio de Magdeburg en la Guerra de los Treinta Años. De gran escala fueron las masacres ocurridas en las guerras desatadas por Genghis Khan y por Tamerlane". Citado en: *Axis Rule in Occupied Europe*, supra nota 120, p. 80 [Volver]

122. *Axis Rule in Occupied Europe*, supra nota 120, pp. 79 a 81 [Volver]

123. ICTR-96-6-A, Sentencia de 6 de diciembre de 1999, ratificada en apelación el 26 de mayo de 2003. Citado en: *Amicus Curiae*, supra nota 107 [Volver]

124. Id. ¶ 56. Citado en: *Amicus Curiae*, supra nota 107 [Volver]

125. Id. ¶ 57. Citado en: *Amicus Curiae*, supra nota 107 [Volver]

126. En este sentido, la actual redacción del artículo 101 del CP colombiano estimamos que, a la luz del análisis de los tipos penales (incluido su origen) y su aplicación, no es acorde con el derecho ni la jurisprudencia internacionales. Tampoco lo es el artículo 83 del CP en lo que hace a los términos de prescripción de este tipo de conductas. La actual redacción devalúa el listón de protección conferido por el derecho internacional a los grupos políticos. [Volver]

127. *Prosecutor v. Momcilo Krajišnik*, supra nota 11. A los efectos que aquí interesan ver párrs. 1078 a 1124, relativos a la conclusión del Tribunal en cuanto a la responsabilidad del acusado ("Conclusions on the Accused's responsibility"), incorporados en el Anexo A del presente documento. [Volver]

128. El texto completo del resumen de la sentencia leído oficialmente por el tribunal, en su versión en inglés, se encuentra disponible en: <http://www.un.org/icty/pressreal/2006/p1115e-summary.htm> (Visitada por última vez el 20 de mayo de 2007) [Volver]

129. *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, U.N. Doc. S/25704, 3 May 1993 ("Report of the Secretary-General"), para. 53 [Volver]

130. *Ibid.*, para 54 [Volver]

131. *Trial of Otto Sandrock and three others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, held at the Court House, Almelo, Holland, on 24th-26th November, 1945, UNWCC, vol. I, p. 35). [Volver]

132. Los acusados eran suboficiales alemanes que habían ejecutado a un prisionero de guerra británico y a un civil holandés en cuya casa se había refugiado el miembro de la Fuerza Aérea británica. En cada ejecución, uno de los alemanes había efectuado el disparo letal, otro había dado la orden y el tercero permanecía al volante de un coche usado para ir a un bosque en las afueras del pueblo holandés de Almelo, para impedir que la gente se acercara mientras tenían lugar los disparos. El Fiscal declaró que "la analogía que le parecía más idónea a este caso era la del crimen del tipo ganster, en donde cada miembro de la banda es tan igualmente responsable como el hombre que hizo el disparo" (*ibid.*, p. 37). En su cierre, el Juez señaló que:

"No cabe duda, tal y como yo lo entiendo, que los tres [alemanes] sabían lo que estaban haciendo y habían ido allí con el firme propósito de asesinar a este oficial; y, como Vds. saben, si las personas están en presencia unas de otras, al mismo tiempo, formando parte de una empresa común que es ilegal, cada cual, desde su (sic) particular forma de coadyuvar a la finalidad común de todos, es igualmente culpable en lo que atañe a la ley" (ver transcripción oficial, Public Record Office, London, WO 235/8, p. 70; copia en los archivos de la Biblioteca del Tribunal Internacional; el informe en la UNWCC, vol. I, p. 40 difiere ligeramente).

Todos los acusados fueron declarados culpables, pero los que habían ordenado los disparos o los habían ejecutado, fueron condenados a muerte, mientras que los otros fueron condenados a quince años de prisión (ibid., p. 41). [Volver]

133. NT: "Judge Advocate" en su expresión original en lengua inglesa y para designar al Juez encargado de la administración de la justicia militar, con rango de oficial. [Volver]

134. Hoelzer et al., Canadian Military Court, Aurich, Germany, Record of Proceedings 25 March-6 April 1946, vol. I, pp. 341, 347, 349 (RCAF Binder 181.009 (D2474); copia en los archivos de la biblioteca del Tribunal Internacional). [Volver]

135. Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneberg, Germany (13-23 August, 1946), judgement of 24 August 1946 (transcripción original en la Public Record Office, Kew, Richmond; copia en los archivos de la biblioteca del Tribunal Internacional). [Volver]

136. Ibid., p. 241. [Volver]

137. Trial of Franz Schonfeld and others, British Military Court, Essen, June 11th-26th, 1946, UNWCC, vol. XI, p. 68 (summing up of the Judge Advocate). [Volver]

138. Trial of Feurstein and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Hamburg, Germany (4-24 August, 1948), judgement of 24 August 1948 (transcripción original en la Public Record Office, Kew, Richmond; copia en los archivos de la biblioteca del Tribunal Internacional). [Volver]

139. El Fiscal argumentó lo siguiente:

Es un principio básico del derecho inglés, y en realidad de todo el derecho, el que un hombre sea responsable de sus actos y se considere que pretenda las consecuencias naturales y normales de los mismos, y, si estos hombres [...] pusieron en marcha la maquinaria por la que los cuatro prisioneros fueron disparados, entonces son culpables del crimen de asesinato. No es esencial, y no lo ha sido, el hecho de que cualquiera de estos hombres haya conducido a un lugar a estos soldados y los haya ejecutado o despachado personalmente. No es necesario en absoluto; su responsabilidad queda establecida por el mero hecho de poner en marcha la maquinaria que terminó matando a los cuatro hombres que nos ocupan. (ibid., p. 4). [Volver]

140. Ibid., summing up of the Judge Advocate, p. 7. [Volver]

141. Al respecto, el Juez Auditor Militar señaló que: "[p]or supuesto, es bastante probable que [el acto criminal] hubiera tenido lugar en ausencia de todos los aquí acusados, pero no es lo mismo que decir [...] que [el acusado] no puede ser un eslabón en la cadena de causación [...]" (ibid., pp. 7-8). [Volver]

142. Concretamente, se sostuvo que para estar "involucrado en la comisión del acto criminal", era necesario probar: "que cuando tomó parte en ello conocía el fin pretendido. Si cualquiera de los acusados hubiera ordenado la ejecución creyendo que se trataba de una ejecución perfectamente legal, si estos cuatro soldados hubieran sido condenados a muerte por un tribunal debidamente constituido no siendo en este caso la orden de ejecución más que la orden de llevar a cabo la decisión de la Corte, entonces el acusado no sería culpable pues carecería de conocimiento doloso. Pero donde [...] una persona estuviera involucrada, y [...] conociera del fin pretendido con estos actos, entonces, ese acusado sería culpable del crimen que se le imputa". (ibid., p. 8). [Volver]

El requisito de conocimiento por parte de cada participante, si bien sólo deducible implícitamente, también fue resaltado en el caso Stalag Luft III, Juicio de Max Ernst Friedrich Gustav Wielen y Otros, Proceedings of the Military Court at Hamburg, (1-3 Julio 1947) (transcripción original en la Public Record Office, Kew, Richmond; copia en los archivos de la Biblioteca del Tribunal Internacional), relativo al asesinato de 50 oficiales de la fuerza aérea aliada que se habían escapado del campo Stalag Luft III en Silesia. El Fiscal, en sus observaciones iniciales señaló que: "todos, en concreto cada policía, sabía con certitud que había habido una fuga masiva de prisioneros de guerra el 25 de marzo de 1944 [...] cada policía sabía que los prisioneros de guerra estaban en libertad. Creo que es importante recordar esto, y concretamente en relación con los miembros de baja graduación de la Gestapo que han sido acusados ante este Tribunal, es importante recordarlo porque pueden alegar que no sabían quién era esa gente. Pueden decir que no sabían que eran prisioneros de guerra pero [de hecho] todos ellos lo sabían [...]" (ibid., p. 276). [Volver]

Yendo aún más lejos, en dos casos concernientes a la participación de un acusado en "la noche de los cristales rotos", el Tribunal Supremo para la zona británica enfatizó que no se requiere que el acusado esté al corriente de las revueltas en todo el Reich. Basta con que conozca de una acción local, que la apruebe y que la pretenda como "propia" (traducción no oficial). El hecho de que el acusado participara conscientemente en las medidas arbitrarias dirigidas contra los judíos es suficiente para hacerle responsable de un crimen contra la humanidad (Caso no. 66, Strafsenat. Urteil vom 8Februar 1949 gegen S. StS 120/48, p. 284-290, 286, vol. II). Ver también Caso no. 17, vol. I, 94-98, 96, en donde el Tribunal Supremo sostuvo que era irrelevante el que la escala de trato inhumano, deportación y destrucción acaecida en otras partes del país esa misma noche no fueran llevadas a cabo en ese pueblo. Bastaba con que el acusado hubiera participado intencionadamente en la acción y que "estuviera al tanto del hecho de que la acción local constituía una medida diseñada para sembrar terror, lo que se encuadraba en la persecución a escala nacional de los judíos" (traducción no oficial). [Volver]

143. The United States of America v. Otto Ohlenforf et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, United States Government Printing Office, Washington, 1951, vol. IV, p. 3. [Volver]

144. Ibid., p. 373 [Volver]

145. Ibid. [Volver]

146. Trial of Martin Gottfried Weiss and thirty-nine others, General Military Government Court of the United States Zone, Dachau, Germany, 15th November-13th December, 1945, UNWCC, vol. XI, p. 5. [Volver]

147. Trial of Josef Kramer and 44 others, British Military Court, Luneberg, 17th September-17th November, 1945, UNWCC, vol. II, p. 1. [Volver]

148. Ver Dachau Concentration Camp case, UNWCC, vol. XI, p. 14 [Volver]

149. Belsen case, UNWCC, vol. II, p. 121 [Volver]

150. Ibid., p.121 [Volver]

151. Trial of Erich Heyer and six others, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18th-19th and 21st-22nd December, 1945, UNWCC, vol. I, p. 88, at p. 91. [Volver]

152. Ibid., p. 89. [Volver]

153. Ver transcripción en la Public Record Office, London, WO 235/58, p. 65 [Volver]

154. Ibid., p. 66 [Volver]

155. UNWCC, vol. 1, p. 91. Además de Heyer y el escolta (Koenen) fueron condenados tres civiles. El primero de los civiles acusados, Boddenberg, admitió haber golpeado a uno de los pilotos en el puente, después de que otro hubiera sido arrojado por encima del mismo, a sabiendas de que "las pretensiones de la muchedumbre en contra de ellos [los pilotos] eran fatales, pero sin embargo se sumó a ella" (transcripción en la Public Record Office, London, WO 235/58, p. 67; copia en el archivo de la Biblioteca del Tribunal Internacional); el segundo, Kaufer, fue hallado culpable de haber "golpeado a los pilotos" y de haber "tomado parte activa" en la violencia de la multitud en su contra. Además, se alegó que intentó quitarle el rifle a un suboficial para disparar a los pilotos debajo del puente y que empezó a gritar que los pilotos merecían ser disparados (ibid., pp. 67-68). Al tercero, Braschoss, se le vio golpear a uno de los pilotos en el puente, bajando debajo del puente para arrojar al piloto que aún vivía a la corriente. Se alegó además que él y otro cómplice arrojaron a otro piloto del puente (ibid., p. 68). Dos de los civiles acusados Sambol y Hartung, fueron absueltos; el primero por estimarse que los golpes que infligió no fueron particularmente severos ni estuvieron próximos a la muerte de los pilotos (tratándose de los primeros golpes que se infligieron) y el último porque no llegó a probarse más allá de toda duda razonable que de hecho tomara parte en la reyerta (ibid., pp. 66-67, UNWCC, vol. I, p. 91). [Volver]

156. El cargo, en estricto sentido jurídico, consistía más en la comisión de un crimen de guerra en violación de las leyes y usos de la guerra por "tener que ver en el asesinato" de los pilotos que en un asesinato, pues "no estábamos ante un juicio bajo el derecho inglés". (ibid., at p. 91). A efectos de intencionalidad y propósito de todos los concernidos, sin embargo, el cargo aparece tratado como un cargo de asesinato, pues en el transcurso del procedimiento se aceptó que "en tanto en cuanto cada cual fuera consciente de lo que quería decir la palabra 'asesinato', 'no existe dificultad', para los propósitos de este juicio" (ibid., pp. 91-92). [Volver]

157. Ver Pliego de Cargos, en las Publicaciones en Microfilm del Archivo Nacional de los Estados Unidos, I (disponible en la Biblioteca del Tribunal Internacional). [Volver]

158. Ibid., p. 1186. [Volver]

159. Ibid., p. 1188. Ver nota 11 y texto adjunto en relación con los comentarios realizados con respecto a la causación en el caso Ponzano. [Volver]

160. Ibid., p. 1190 [Volver]

161. Ver e.g. ibid., pp. 1201, 1203-1206. [Volver]

162. Ver ibid., pp. 1234, 1241, 1243. [Volver]

163. Ver *ibid.*, pp. 1268-1270. [Volver]

164. Los acusados Akkerman, Krolikovski, Schmitz, Wentzel, Seiler y Goebbel fueron hallados culpables tanto del asesinato como del cargo de agresión y se les condenó a muerte, a excepción de Krolikovski, que fue condenado a cadena perpetua (*ibid.*, pp. 1280-1286). [Volver]

165. Los acusados Pointner, Witzke, Geyer, Albrecht, Weber, Rommel, Mammenga y Heinemann were fueron hallados culpables sólo de agresión y se les condenó a penas de cárcel que oscilaron entre los 2 y los 25 años (*ibid.*). [Volver]

166. Ver texto manuscrito de la sentencia (no publicada), p.6 (traducción no oficial; gentilmente suministrada por la Oficina del Archivo Público Italiano, Roma; archivo de la Biblioteca del Tribunal Internacional). Ver también *Giustizia penale*, 1948, Part II, col. 66, no. 71 (donde aparece una nota acerca de la sentencia). [Volver]

167. Ver texto manuscrito de la sentencia (no publicada), p.6-7 (traducción no oficial). [Volver]

168. Ver texto manuscrito de la sentencia (no publicada), pp. 13-14 (gentilmente suministrada por la Oficina del Archivo Público Italiano, Roma; archivo de la Biblioteca del Tribunal Internacional). Una anotación sobre este caso aparece también en el *Archivo penale*, 1949, p. 472. [Volver]

169. Sentencia de 12 de septiembre de 1946, en *Archivo penale*, 1947, Part II, pp. 88-89. [Volver]

170. Sentencia de 25 de julio de 1946, en *Archivo penale*, 1947, Part II, p. 88. [Volver]

171. Ver texto manuscrito de la sentencia (no publicada) de 5 de julio de 1946, p. 19 (gentilmente suministrada por la Oficina del Archivo Público Italiano, Roma; archivo de la Biblioteca del Tribunal Internacional). Ver también *Giustizia penale*, 1945-46, Part II, cols. 530-532. Para casos en que la Corte de Casación concluyó que el partícipe era culpable del crimen más grave sin estar éste previsto en el plan común, ver Torrazzini, sentencia de 18 de agosto de 1946, en *Archivo penale* 1947, Part II, p. 89; Palmia, sentencia de 20 de septiembre de 1946, *ibid.* [Volver]

172. Ver *Giustizia penale*, 1950, Part II, cols. 696-697. [Volver]

173. Ver e.g. Corte de Casación, 15 de marzo de 1948, caso Peveri case, en *Archivo penale*, 1948, pp. 431-432; Corte de Casación, 20 de julio de 1949, caso Mannelli, en *Giustizia penale*, 1949, Part II, col. 906, no.599; Corte de Casación, 27 de octubre de 1949, P.M. v. Minafò, en *Giustizia penale*, 1950, Part II, col. 252, no. 202; 24 de febrero de 1950, Montagnino, *ibid.*, col.821; 19 de abril de 1950, Solesio et al., *ibid.*, col. 822. En cambio, en una sentencia de 23 de octubre de 1946, la misma Corte de casación, en Minapò et al., sostuvo que no hacía al caso el que el partícipe de un crimen hubiera previsto o no la conducta criminal llevada a cabo por otro miembro del grupo criminal (*Giustizia penale*, 1947, Part II, col. 483, no. 382). [Volver]

174. En el caso Antonini (sentencia de la Corte de Casación de 29 de marzo de 1949), el tribunal sentenciador halló al acusado culpable no sólo del arresto ilegal de algunos civiles, sino también de su subsiguiente ejecución por parte de los alemanes como "venganza" por un ataque contra tropas alemanas en Via Rasella, Roma. Según el tribunal sentenciador, el acusado, al arrestar a los civiles, no había intentado provocar su asesinato pero sabía que había hecho posible una situación que probablemente conduciría a este resultado. La Corte de Casación desestimó este argumento sosteniendo que para que el acusado fuera hallado culpable era necesario no sólo que hubiera previsto sino también que hubiera deseado el asesinato (ver texto de la sentencia en *Giustizia*

penale, 1949, Part II, cols. 740-742). [Volver]

175. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998. [Volver]

176. "Judgement", Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No.: IT-95-17/1-T, Trial Chamber II, 10 December 1998, para. 227. [Volver]

177. Incluso si se arguyera que los elementos objetivos y subjetivos del crimen tal cual se establecen en el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma difieren en cierta medida de los requeridos por la jurisprudencia más arriba citada, las consecuencias de esta desviación sólo pueden ser apreciadas a largo plazo, una vez que la Corte sea establecida. Esto se debe a la inaplicabilidad al artículo 25 (3) del Estatuto del artículo 10 del mismo, que establece que "Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto". Esta disposición no abarca el artículo 25, ya que aparece en la Parte 2 del Estatuto, mientras que el artículo 25 está incluido en la Parte 3. [Volver]

178. Ver Para. 25(2) del Strafgesetzbuch: "Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)". ("si varias personas cometen un crimen en calidad de coautores, cada una de ellas puede ser penada como autor principal." (traducción no oficial)). La jurisprudencia alemana ha establecido claramente el principio según el cual cuando se hubiere cometido un crimen no previsto por el plan criminal común, sólo el autor de este crimen responderá penalmente del mismo. Ver BGH GA 85, 270. Según la Corte Federal Alemana (en BGH GA 85, 270):

"Mittäterschaft ist anzunehmen, wenn und soweit das Zusammenwirken der mehreren Beteiligten auf gegenseitigem Einverständnis beruht, während jede rechtsverletzende Handlung eines Mittäters, die über dieses Einverständnis hinausgeht, nur diesem allein zuzurechnen ist". ("Hay coautoría (Mittäterschaft) cuando, y en la medida en que, la acción conjunta de los distintos partícipes esté basada en un acuerdo recíproco (Einverständnis), por cuanto cualquier acción criminal de uno de los partícipes (Mittäter) que sobrepase este acuerdo puede ser únicamente atribuida a ese partícipe." (Traducción no oficial)). [Volver]

179. En Holanda el término empleado para esta forma de responsabilidad criminal es "medeplegen". (Ver HR 6 December 1943, NJ 1944, 245; HR 17 May 1943, NJ 1943, 576; and HR 6 April 1925, NJ 1925, 723, W 11393). [Volver]

180. Ver artículo 121-7 del Code pénal, cuyo tenor literal es el que sigue:

"Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre". ("Será cómplice de un crimen o delito quien a sabiendas hubiere facilitado la planificación o la comisión del mismo, ya sea alentando tales planificación o comisión o ayudando a ellas. Será igualmente cómplice quien por medio de dádiva, promesa, amenaza, orden, abuso de autoridad o de poder hubiere instigado un acto criminal o dado instrucciones de cometerlo". (Traducción no oficial)).

Además de la responsabilidad por crímenes cometidos por más personas, la Corte de Casación ha previsto la responsabilidad penal por actos cometidos por un cómplice más allá de lo contemplado por el plan criminal. En este sentido, la Corte ha distinguido entre crímenes carentes de relación con

el crimen previsto (e.g. una persona entrega una pistola a un cómplice en el contexto de un atraco, pero el cómplice usa el arma para asesinar a un familiar), y crímenes en que la conducta guarda alguna relación con el crimen planificado (e.g. el hurto llevado a cabo bajo la forma de un robo). En la primera categoría de casos, la jurisprudencia francesa no considera responsable a la persona concernida, mientras que en la última sí, pero bajo determinadas condiciones (tal cual sostuvo en una sentencia de 31 de diciembre de 1947, *Bulletin des arrêts criminels de la Cour de Cassation* 1947, no. 270, el cómplice "devait prévoir toutes les qualifications dont le fait était susceptible, toutes les circonstances dont il pouvait être accompagné" ("debía prever todas las calificaciones de que el hecho era susceptible y todas las circunstancias que pudieran resultar del crimen" (traducción no oficial)). Ver también la decisión de 19 de junio de 1984, *Bulletin*, *ibid.*, 1984, no. 231. [Volver]

181. El principio del plan común aparece delineado en su sustancia en las siguientes disposiciones del Codice Penale:

"Artículo 110: Pena per coloro che concorrono nel reato.- Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilità, salve le disposizioni degli articoli seguenti." ("Penas a imponer a los partícipes en un crimen.- Cuando varias personas participan en el mismo crimen, a cada una de ellas se le impondrá la pena prevista para ese crimen teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos siguientes". (traducción no oficial); y

"Artículo 116: Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti.- Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento e conseguenza della sua azione od omissione." ("Otros crímenes distintos del previsto por algunos de los partícipes.- Cuando el crimen cometido sea distinto del pretendido por uno de los partícipes, éste responderá también de ese crimen si el mismo es consecuencia de su acción u omisión". (traducción no oficial)).

Ha de destacarse que los tribunales italianos han interpretado cada vez con mayor frecuencia el artículo 116 como que establece la responsabilidad penal en casos en que el resultado era previsible. Ver concretamente la sentencia de la Corte Constitucional de 13 de mayo de 1965, no. 42, *Archivio Penale* 1965, part II, pp. 430 ff. En algunos casos los tribunales han requerido la llamada previsión abstracta (*prevedibilità astratta*) (ver e.g., *instance*, Corte de Casación, 3 de marzo de 1978, *Cassazione penale*, 1980, pp. 45 ff; Corte de Casación, 4 de marzo de 1988, *Cassazione penale*, 1990, pp. 35 ff); en otros casos se ha requerido una previsión concreta o específica (*prevedibilità concreta*) (ver e.g., Corte de Casación, 11 de octubre de 1985, *Rivista penale*, 1986, p. 421; y Corte de Casación, 8 de febrero de 1998, *Rivista penale*, 1988, p. 1200). [Volver]

182. Ver *R. v. Hyde* [1991] 1 QB 134; *R. v. Anderson*; *R. v. Morris* [1966] 2 QB 110, en donde Lord Parker CJ sostuvo que "cuando dos personas se embarcan en una empresa conjunta, cada una de ellas puede ser penada por los actos cometidos en persecución de esa empresa conjunta, lo que incluye la responsabilidad por las consecuencias anormales si éstas tienen su origen en la ejecución de la acordada empresa conjunta". Sin embargo, la responsabilidad por tales consecuencias anormales se restringe a los delitos que el acusado previó que el principal podía cometer como incidente posible de la empresa ilícita común, y además, el acusado, teniendo tal previsión, ha debido continuar participando en la empresa (ver *Hui Chi-Ming v. R.* [1992] 3 All ER 897 at 910-911). [Volver]

183. La Sección 21(2) del Criminal Code establece que:

"Cuando dos o más personas tienen la intención de llevar a la práctica un propósito ilícito y ayudarse mutuamente en aras de su consecución, y, cualquiera de ellas, al llevar a cabo el propósito común, comete un crimen, se considera que cada uno de los que sabían o debieran haber sabido que

la comisión de ese crimen podría ser una consecuencia probable de llevar a cabo el plan común, es parte en ese crimen."

Ha de señalarse que a pesar del hecho de que esta sección se está refiriendo a un requisito de previsión objetiva, la Corte Suprema de Canadá ha modificado esto al mantener lo siguiente: "[e]n aquellos casos en que al autor principal se le aplica como estándar del elemento intencional una previsión subjetiva, el partícipe no puede ser constitucionalmente condenado por el mismo crimen sobre la base de un estándar de previsión objetiva" (R. v. Logan [1990] 2 SCR 731 at 735). Por ende, se aplica un estándar subjetivo en el caso de crímenes como el asesinato. Ver también R. v. Rodney [1990] 2 SCR 687. [Volver]

184. E.g., en Maine (17 Maine Criminal Code § 57 (1997), Minnesota (Minnesota Statutes § 609.05 (1998)), Iowa (Iowa Code § 703.2 (1997)), Kansas (Kansas Statutes § 21-3205 (1999)), Wisconsin (Wisconsin Statutes § 939.05 (West 1995)). Si bien bajo el derecho federal de los Estados Unidos no existe una doctrina del plan común claramente definida, la doctrina Pinkerton ha promulgado similares principios. Esta doctrina establece la responsabilidad penal por actos cometidos en persecución de un plan criminal común, al margen de que tales actos hubieren sido específicamente planeados o no, siempre que estos actos hayan podido ser razonablemente contemplados como probable consecuencia o probable resultado del plan criminal común (ver Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640, 66 S. Ct. 1180, 90 L. Ed. 1489 (1946); State v. Walton, 227 Conn. 32; 630 A.2d 990 (1993); State of Connecticut v. Diaz, 237 Conn. 518, 679 A. 2d 902 (1996)). [Volver]

185. Bajo el derecho australiano, cuando dos partes se embarcan en una empresa criminal conjunta, un partícipe puede ser penado por un acto que él prevé pueda ser llevado a cabo por el otro partícipe en el transcurso de la empresa, incluso aunque aquél no haya dado su consentimiento explícito o tácito para la comisión de tal acto (McAuliffe v. R. (1995) 183 CLR 108 at 114). La prueba para determinar si un crimen recae bajo el alcance de la finalidad conjunta relevante, es la prueba subjetiva de la previsión [contemplation]: "acorde con la importancia que el derecho otorga ahora al estado mental del acusado, el test se ha convertido en un test subjetivo, y el alcance de la finalidad común ha de determinarse a la luz de lo contemplado por las partes que comparten esa finalidad" (ibid.). [Volver]

186. El artículo 22 del Código Penal establece:

"Cuando dos o más personas tienen la intención común de perseguir una finalidad ilícita en conjunción mutua, y en la persecución de tal finalidad se comete un crimen de tal naturaleza que su comisión sea una consecuencia probable de la persecución de la finalidad pretendida, se estimará que cada una de ellas habrá cometido el crimen". [Volver]

187. Ver sentencia de la sala de Primera Instancia, párrafos 127-179, que explican los antecedentes del conflicto en la opstina (municipio) de Prijedor. (Opinion and Judgment of: 7 May 1997- Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"). [Volver]

188. Sentencia, para. 660. [Volver]

189. Ibid., para. 370 [Volver]

190. Ibid. [Volver]

191. La negrilla es nuestra [Volver]

192. Nazi Conspiracy and Aggression. United States Printing Office. Washington, 1946. Vol I, p. 5

[Volver]

193. Howard S. Levie, *Terrorism in War: The Law of War Crimes*, 1993, p. 414 [Volver]

194. *Nazi Conspiracy and Aggression*. Vol I, p. 6 [Volver]

195. Friedman, Leon, *The Law of War, A documentary History: The Tokio War Crimes Trial*, 1972, p.1040. [Volver]

196. *Nazi Conspiracy and Aggression*. Vol I, p. 14 [Volver]

197. *Nazi Conspiracy and Aggression*. Vol I, pp. 15-56 [Volver]

198. *Nazi Conspiracy and Aggression*. Opinion and Judgment, United States Printing Office. Washington, 1947. p. 85 [Volver]

199. *Nazi Conspiracy and Aggression*. Opinion and Judgment, p. 86 [Volver]

200. *Nazi Conspiracy and Aggression*. Opinion and Judgment, United States Printing Office. Washington, 1947, pp. 54-56 [Volver]

201. *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*. Nuernberg, October 1946 - April 1949. Volume III. United States Government Printing Office. Washington: 1951, p.1030. [Volver]

202. *Ibid*, p. 1031. [Volver]

203. *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*. Nuernberg, October 1946 - April 1949. Volume IV. United States Government Printing Office. Washington: 1951, p.15 y 16 [Volver]

204. *Ibid.*, p. 219 [Volver]

205. *Id.* p. 30 [Volver]

206. *Id.* pp. 36-37 [Volver]

207. *Id.* p. 39 [Volver]

208. *Id.* p. 51 [Volver]

209. *Id.* p. 93 [Volver]

210. *Id.* pp. 118-119 [Volver]

211. *Id.* pp. 124-125 [Volver]

212. *Id.* p. 125 [Volver]

213. *Id.* p. 129 [Volver]

214. *Id.* pp. 142-143 [Volver]

215. Id. p. 143 [Volver]
216. Id. p. 152 [Volver]
217. Id. p. 152 [Volver]
218. Id. p. 153 [Volver]
219. Id. p. 173 [Volver]
220. Id. p. 205 [Volver]
221. Id. pp. 218-219 [Volver]
222. Id. p. 266-267 [Volver]
223. Id. p. 484-485 [Volver]
224. Id. p. 508 [Volver]
225. Osmańczyk, Edmund J., Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pp. 787-788. Ver también dirección electrónica de la Universidad de Minnesota: <http://www.umn.edu/humanrts> [Volver]
226. Ver <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/videla2.html> [Volver]
227. Ver <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/arancibia.html> [Volver]
228. Case No.: IT-96-21-T, PROSECUTOR v. ZEJNIL DELALIC, ZDRAVKO MUCIC also known as "PAVO", HAZIM DELIC, ESAD LANDZO also known as "ZENGA, Judgement of 16 November 1998, In The Trial Chamber, para. 333 [Volver]
229. Mahle, Anne E., Command Responsibility, An International Focus, Around the World-The Issues, PBS (Visitada por última vez el 16feb05)
http://www.pbs.org/wnet/justice/world_issues_com.html [Volver]
230. Desarrollo histórico elaborado, inter alia, sobre los siguientes documentos: Boletín del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia No. 15/16 10-III-100; Leslie C. Green, Command Responsibility in International Humanitarian Law, 5 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 319, (1995); Ilias Bantekas, The Contemporary Law Of Superior Responsibility, American Journal of International Law v.93, no. 3, July 1999. La traducción libre al español de la versión en inglés de estos textos ha sido realizada por el Equipo Nizkor. Esta exposición sigue un orden cronológico. [Volver]
231. ORDONNANCES DES ROIS DE FRANCE DE LA TROISIEME RACE (Louis Guillaume de Vilevault & Louis G.O.F. de Brequigny eds., 1782), citado en THEODOR MERON, HENRY'S WARS AND SHAKESPEARE'S LAWS 149 n. 40 (1993). [Volver]
232. WILLIAM WINTHROP, MILITARY LAW AND PRECEDENTS 910, Ap. III (Arno Press 1979) (2ª ed. 1920). [Volver]

233. "Instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña", promulgadas por el Presidente Lincoln como Órdenes Generales No. 100, 24 de abril de 1863, reimprimadas en THE LAWS OF ARMED CONFLICTS 13 (Dietrich Schindler & Jiri Toman eds., 2º ed. 1981). [Volver]
234. Ver: Report Presented to the Preliminary Peace Conference, Versailles, March 29, 1919, reprinted in 14 AJIL 95 (1920). [Volver]
235. Trial of General Tomoyuki Yamashita, 4 UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, LAW REPORTS OF CRIMES OF WAR CRIMINALS 1, (U.S. Mil. Comm'n 1946). [Volver]
236. Ver United States v. Hermann Goring, in Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, XXII 411 (1948), citado en: Lippman, Matthew, The Uncertain Contours of Command Responsibility, Tulsa Journal of Comparative and International Law, 9 Tulsa J. Comp. & Int'l L. 1, 15-17 (2001), p. 14 [Volver]
237. Lippman, Matthew, The Uncertain Contours of Command Responsibility, Tulsa Journal of Comparative and International Law, 9 Tulsa J. Comp. & Int'l L. 1, 15-17 (2001), p. 14 [Volver]
238. Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgment. Office of United States, Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, United States Government Printing Office, Washington : 1947. Ver <http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment/cap9.html#Keitel> [Volver]
239. Id. p. 17 [Volver]
240. Caso Abbaye Ardenne, 4 UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, LAW REPORTS OF CRIMES OF WAR CRIMINALS 97 (Can. Mil. Ct. 1945) [Volver]
241. Éstas se basaban en Reglamentos Británicos y fueron promulgadas mediante Orden Canadiense en Consejo de 30 de agosto de 1945. [Volver]
242. Ver United States v. Keenan, 39 C.M.R. 108, 117 (C.M.A. 1969) (en este caso se sostuvo que la obediencia de un soldado a una orden palpablemente ilegal no queda excusada por el hecho de que las acciones ordenadas fuesen acordes al entrenamiento del soldado). [Volver]
243. Ver nota supra. [Volver]
244. Leslie C. Green, Command Responsibility in International Humanitarian Law, 5 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 319, (1995), pp. 337-338 [Volver]
245. ICTY Bulletin No. 15/16 10-III-1007 [Volver]
246. El General Iwane Matsui, que estaba al mando de las fuerzas japonesas que perpetraron las "Violaciones de Nanking", fue condenado por no haber cumplido con el deber de control sobre sus tropas cuando éstas se "desbocaron" en Nanking. Resulta igualmente interesante la responsabilidad penal establecida respecto de destacados dirigentes políticos japoneses por actos perpetrados fuera de Japón. De este modo, el Ministro de Exteriores Koki Hirota fue condenado por los incidentes de Nanking porque, a pesar de que recibía amplia información, desobedeció su deber de observancia de la leyes de la guerra.

Para mayor información sobre el Tribunal de Tokio, ver la obra de John Pritchard: "The Tokyo War

Crimes Trial: The Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East", serie en 22 volúmenes que recoge las transcripciones del tribunal, junto con un Índice y una Guía publicados en 1987, fruto de un trabajo de compilación desarrollado entre 1973 y 1987. [Volver]

247. International Military Tribunal for the Far East, The Tokyo War Crimes Trial (Nov. 1948), reprinted in *The Law of War: A Documentary History II* 1029, 1038 (Leon Friedman ed. 1972), at 1039, citado en: Lippman, Matthew, *The Uncertain Contours of Command Responsibility*, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 9 *Tulsaq J. Comp. & Int'l L.* 1, 15-17 (2001), p. 18 [Volver]

248. Lippman, Matthew, *The Uncertain Contours of Command Responsibility*, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 9 *Tulsaq J. Comp. & Int'l L.* 1, 15-17 (2001), p. 19 [Volver]

249. Id. [Volver]

250. Id, p. 21-22 [Volver]

251. Id. pp. 23-24 [Volver]

252. Israel: Final Report of the Commission of Inquiry Into the Events at the Refugee Camps in Beirut, Final Report, 22 *I.L.M.* 473, 478 (1983), at 496. See Weston D. Burnett, *Command Responsibility and a Case Study of the Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders for the Pogrom at Shatila and Sabra*, 107 *Mil. L. Rev.* 71 (1985) . Citado en: Lippman, Matthew, *The Uncertain Contours of Command Responsibility*, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 9 *Tulsaq J. Comp. & Int'l L.* 1, 15-17 (2001), p. 45 [Volver]

253. *In the Matter of the Requested Extradition of Carlos Guillermo Suarez-Mason*, 694 *F. Supp.* 676 (N.D. Cal. Apr. 27, 1988), at. 685 [Volver]

254. Id. at 685. [Volver]

255. Id. at 688. [Volver]

256. Traducción al español de la versión original en inglés realizada por el Equipo Nizkor. [Volver]

257. Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, Asamblea General. Documentos Oficiales Quincuagésimo primer período de sesiones. Suplemento No. 10 (A/51/10) [en adelante, "Código de Crímenes"]. Este informe contiene el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en su versión de 1996. Ver <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/236/37/IMG/N9623637.pdf?OpenElement> (visitada por última vez en 21feb05). [Volver]

258. Código de Crímenes, p. 20 [La cursiva es nuestra] [Volver]

259. Véase el artículo común que figura en los cuatro Convenios de Ginebra: Convenio I, art. 49; Convenio II, art. 50; Convenio III, art. 129; Convenio IV, art. 146. [Volver]

260. Código de Crímenes, pp. 24-26 [Volver]

261. Convención (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, firmada en la Haya el

18 de octubre de 1907, artículo 1 del reglamento anexo a la Convención, Bevens, vol. I, pág. 631. [Volver]

262. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante Protocolo Adicional I), artículo 43, 8 de junio de 1977, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1125, pág. 3; y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante Protocolo Adicional II), artículo 1, 8 de junio de 1977, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1125, pág. 609. [Volver]

263. Véase Law Reports of Trials of War Criminals (serie de 15 volúmenes, preparada por la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas) (Londres, H. M. Stationary Office, 1947 - 1949), vol. IV, pág. 43; y United States Reports (Washington, D.C.), vol. 327 (1947), págs. 14 y 15. [Volver]

264. Law Reports of Trials..., vol. XII, pág. 75. [Volver]

265. Véase Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10 (Nuremberg, octubre de 1946 a abril de 1949)(serie de 15 volúmenes) (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1949-1953), asunto N° 7, vol. XI, pág. 1303. [Volver]

266. Law Reports of Trials..., vol. XV, pág. 73. [Volver]

267. "Desgraciadamente, la historia está llena de ejemplos de autoridades civiles culpables de crímenes de guerra; por eso no están involucradas solamente las autoridades militares." Claude Pilloud y otros, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, comentario al artículo 86 del Protocolo Adicional I, pág. 1010, nota 16 (omite la cita) (1987). [Volver]

268. Comentario al Protocolo Adicional I, pág. 1012. [Volver]

269. Código de Crímenes, pp. 37-41 [Volver]

270. ICTY Bulletin No. 15/16 10-III-1007 [Volver]

271. Ver (visitada por última vez el 21feb05) <http://www.un.org/icty/cases/factsheets/achieve-e.htm> [Volver]

272. Ver (visitada por última vez el 21feb05) <http://www.un.org/icty/cases/factsheets/achieve-e.htm#4> [Volver]

273. Artículo 7 del Estatuto del ICTY. [Volver]

274. En noviembre de 1998, la sala de primera instancia (II), absolvió a Delalic', pero halló a los otros tres acusados culpables de diversos cargos, condenándoles a 7, 20 y 15 años de cárcel respectivamente. [Volver]

275. Meijer, Cecile E.M., News From The International Criminal Tribunals, Part I--International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 9 No. 1 Hum. Rts. Brief 27 (2004). (Visitada por última vez el 21feb05). <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/09/1tribunals.cfm#22001> [Volver]

276. PROSECUTOR v Zejnil DELALIC, Zdravko MUCIC (aka "PAVO"), Hazim DELIC and Esad LANDŽO (aka "ZENGA") ("^ELEBICI Case"), IT-96-21-A, Judgement in the Appeals Chamber, 20 February 2001, para. 745. [Volver]
277. Id. nota supra 29. [Volver]
278. Id. nota supra 29. [Volver]
279. Ver <http://www.un.org/icty/pressreal/p413-e.htm> (Visitada por última vez el 21feb05) [Volver]
280. The Prosecutor v. Aleksovski, Case No. It-95-14/1-T, Trial Chamber Judgement, Decision of 25 June 1999, para. 5 [Volver]
281. Judicial Supplement, Summaries of ICTY Case Law, The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski - Case No. IT-95-14/1-T, June/Jul 1999, Vol. No.6, <http://www.un.org/icty/Supplement/supp6-e/alektrial.htm> (Visitada por última vez el 21feb05) [Volver]
282. Case-No. IT-95-14-T, The Prosecutor v. Tihomir Blavski´c, Judgement In The Trial Chamber, 3 March 2000. Ver: <http://www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm> (visitada por última vez el 21feb05) [Volver]
283. Meijer, Cecile and Singh, Amardeep, News From The International Criminal Tribunals, Part II--ICTY, 8 No. 2 Hum. Rts. Brief 20 (2004). [Volver]
284. Meijer, Cecile and Singh, Amardeep, News From The International Criminal Tribunals, Part II--ICTY, 8 No. 2 Hum. Rts. Brief 20 (2004). [Volver]
285. Ver Judicial Supplement, Summaries of ICTY Case Law, The Prosecutor v. Milomir Stakic- Case No. IT-97-24-T, Sept. 2003, Vol. No. 43, <http://www.un.org/icty/Supplement/supp43-e/index.htm> [Volver]
286. Id. [Volver]
287. Krnojelac, IT-97-25-T, Judgment ("Krnojelac Trial Judgment"), 15 March 2002, para. 316, Judicial Supplement No. 31 bis. [Volver]
288. Id., para. 496. [Volver]
289. Para. 465.; Judicial Supplement, Summaries of ICTY Case Law, The Prosecutor v. Milomir Stakic - Case No. IT-97-24-T, Sept. 2003, Vol. No. 43, <http://www.un.org/icty/Supplement/supp43-e/index.htm> [Volver]
290. Eighth Annual Report (2001) of the International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), General Assembly Security Council, Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, A/56/352 - S/2001/865, para. 106 [Volver]
291. The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Para. 3. [Volver]
292. Paras. 398 y 399. [Volver]
293. Judicial Supplement, Summaries of ICTY Case Law, The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac,

Radomir Kovac and Zoran Vukovic - Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, February/March 2001, Vol. No.23, <http://www.un.org/icty/Supplement/supp23-e/index.htm> [Volver]

294. Case No.IT-98-34-T, The Prosecutor V.mladen Naletilic, aka "Tuta" And Vinko Martinovic, aka "Stela", Judgement in The Trial Chamber, 31 March 2003, para. 74 [Volver]

295. Extractado de: Gregorio Díaz Dionis, La economía del delito al servicio de la política, Ko'aga Roñe'eta, se. viii (1999), <http://www.derechos.org/koaga/viii/dionis1.html>. Artículo originalmente publicado en la revista española "Razón y Fe" en el año 1993. [Volver]

296. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, G.A. res. 55/25, annex I, 55 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 44, U.N. Doc. A/45/49 (Vol. I) (2001). Texto completo en versión en español en: <http://www.derechos.org/nizkor/corru/doc/crimes.html> (Visitada por última vez el 20may07) [Volver]

297. Extraído del Centro de Información de las Naciones Unidas para México, Cuba y República Dominicana. Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/intro.htm> (visitada por última vez el 20may07). [Volver]

298. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html> (visitada por última vez el 20may07). [Volver]

299. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 195, 25 de junio de 1997. [Volver]

300. Consejo de Europa, Série des Traités européens, N° 173. [Volver]