

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS HISTÓRICO Y ELEMENTOS DEL CRIMEN DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Javier DONDÉ MATUTE

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este estudio es responder a la pregunta: ¿cómo han analizado al crimen internacional los tribunales penales internacionales previos a la formación de la Corte Penal Internacional? Es importante recordar que al buscar construir una teoría del crimen internacional resulta importante identificar los elementos y la estructura que lo componen.

Al responder a la pregunta inicial se pretende hacer una aportación histórica a la teoría del crimen internacional. Se analizarán los elementos que los tribunales internacionales han considerado indispensables para que exista un crimen internacional. No es parte de este estudio profundizar en el significado y contenido de los conceptos identificados, dado que muchos de ellos han cambiado a raíz de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, se mencionarán los componentes de los mismos, sobre todo en la medida en la cual contribuyan a la conformación de una teoría del crimen internacional.

Los tribunales que se han seleccionado para este trabajo son: el Tribunal Internacional Militar (Tribunal de Núremberg), los tribunales militares de Núremberg (también conocidos como los Juicios Posteriores a Núremberg), el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Se excluyen del estudio los tribunales híbridos y los tribunales nacionales que hayan aplicado el derecho penal internacional. De igual forma, se descarta el análisis del

Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente dado que, como la doctrina considera, se limitó a emular al Tribunal de Núremberg.¹

Este trabajo no es sólo de doctrina judicial, pues también se estudiarán los instrumentos fundacionales de los diversos tribunales, en la medida en la cual puedan aportar a la construcción del concepto de crimen internacional.² Estos instrumentos son importantes en la medida en la que representan el estado de la costumbre internacional en un momento determinado.

II. TRIBUNAL DE NÚREMBERG

Desde la lectura de la Carta del Tribunal de Núremberg se puede apreciar un incipiente sistema de elementos del crimen internacional, si se parte de una interpretación contextual del texto, en particular de la parte II, titulada “Jurisdicción y principios generales”. Así, al desglosar los elementos competenciales previstos en esta parte, se pueden identificar aspectos sustantivos de utilidad para la construcción de un concepto de crimen internacional.

El artículo 6o. es clave para este análisis. En primer lugar, establece que el Tribunal de Núremberg tendrá competencia para conocer de los crímenes internacionales que se hayan cometido de forma individual o colectiva, por miembros de organizaciones. En seguida, se mencionan los crímenes internacionales, estableciendo por primera vez una descripción típica en el ámbito internacional. Al final de este precepto se establecen las formas de intervención.

El artículo 7o. de la Carta del Tribunal de Núremberg señala por primera vez que la posición o cargo oficial no constituirá una excluyente de responsabilidad ni atenuante. Igualmente, el artículo 8o. señala que la orden de gobierno o de un superior no constituye una excluyente de responsabilidad ni atenuante.

El artículo 9o. establece que una persona puede ser considerada como penalmente responsable por pertenecer a una organización criminal. El texto de este instrumento internacional señala:

En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el

¹ Boister, Neil y Cryer, Robert, *The Tokio International Military Tribunal—A Reappraisal*, Oxford University Press, 2008, pp. 302-327. El legado jurídico de este tribunal es limitado, tiene más relevancia ver las contribuciones históricas y educativas de la sentencia.

² Fletcher, George P., “New Court, Old Dogmatik”, *Journal of International Criminal Justice*, 2011, vol. 9, p. 184. La dogmática penal internacional se basa sustancialmente en la doctrina judicial.

que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal.

Como se desprende de la lectura del precepto, para que una persona sea considerada penalmente responsable son necesarios dos elementos: 1. Que la persona efectivamente haya pertenecido al grupo u organización criminal, y 2. Que haya realizado algún acto vinculado con las actividades criminales de la organización.

De estos artículos se pueden empezar a desprender ciertas conclusiones. Si bien se enfatiza que la responsabilidad penal puede ser por las conductas desplegadas o por pertenecer a una organización criminal, se excluye la responsabilidad colectiva. Es decir, la persona es responsable por su conducta, aunque ésta se haya realizado junto con otros integrantes del grupo u organización.³

También es importante notar que hay una secuencia (aludiendo a la interpretación contextual) que debe seguir el establecimiento de la responsabilidad penal. En primer lugar, debe haber una conducta que implique la realización de cualquiera de los crímenes internacionales tipificados. Como consecuencia, esta conducta debe encuadrar en las descripciones previstas en el propio artículo 6o. de la Carta del Tribunal de Núremberg. Por último, se establecen las formas de intervención aceptadas adicionales a la “ejecución” de la conducta.

Si bien no se previeron excluyentes de responsabilidad, por lo menos se mencionan dos que no son aplicables: el cargo oficial y las órdenes del superior jerárquico.

En consecuencia, para que haya un crimen internacional debe haber una conducta (*act*), una descripción típica de las conductas criminales (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad) y alguna forma de intervención (liderar, organizar, incitar, auxiliar en la comisión o ejecutar la conducta). Quizá sería muy riesgoso señalar que también se deben considerar excluyentes de responsabilidad, dado que no se menciona alguna de forma expresa. Aceptar alguna podría caer en el campo de la especulación. Los artículos 7o. y 8o. señalan cuáles no se pueden alegar, por exclusión podría pensarse que cualquier otra (legítima defensa, estado de necesidad, error, etcétera) sería aplicable.

En seguida se analizará cómo el Tribunal de Núremberg aplicó estos aspectos para establecer la existencia de un crimen internacional.

³ Heller, Kevin Jon, *The Nuremberg Military Tribunals and the origins of international criminal law*, Oxford, 2012, pp. 253 y 254.

No hubo mucho interés en establecer las bases para imputar responsabilidad penal por la comisión de crímenes internacionales en Núremberg, de tal forma que el énfasis está en la tipificación de las conductas consideradas como criminales. No obstante, hay dos aspectos que resulta importante destacar como parte de la génesis del derecho penal internacional, y que tuvieron una repercusión importante con posterioridad: la criminalización de la pertenencia a un grupo u organización criminal y la intervención a través de un plan común o conspiración para cometer algún crimen internacional. Estas dos figuras son importantes, pues se alejan de la comisión material de los crímenes internacionales, por lo que representan un buen parámetro para establecer las condiciones mínimas para establecer la existencia de la responsabilidad penal.

Un primer aspecto que debió abordarse en el Tribunal de Núremberg fue la identificación de las organizaciones o grupos criminales. Si la pertenencia era considerada como criminal, el primer paso era señalar cuáles eran estos grupos. En la sentencia se dedica una parte sustancial a describir las organizaciones del régimen nazi que se consideraron criminales.⁴ En esencia se señala que la organización surge para buscar la cooperación en la consecución de ciertos fines (no necesariamente criminales). Debe existir cohesión entre los miembros del grupo u organización para buscar en conjunto los objetivos planeados. En el caso de las organizaciones criminales, el objetivo es criminal; es decir, se forma o se utiliza en conexión con crímenes internacionales. Sin embargo, los integrantes que no tengan conocimiento de los propósitos criminales de la organización o de los actos criminales de los demás miembros no pueden ser penalmente responsables.⁵

En este mismo sentido, se reiteró que la mera pertenencia no era suficiente para establecer responsabilidad penal, por lo que no se excluyeron del análisis varios integrantes de grupos u organizaciones que no cometieron crímenes internacionales, ya sea porque se trataba de personal administrativo o de apoyo,⁶ no tenían conocimiento de que la organización estaba cometiendo crímenes internacionales,⁷ la organización no fue concebida para cometer crímenes internacionales⁸ o la persona procesada no tenía control sobre la comisión de los crímenes.⁹

⁴ *Sentencia del Tribunal de Núremberg*, 22 IMT, 1946, pp. 470-485.

⁵ *Ibidem*, p. 469.

⁶ *Ibidem*, p. 477.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibidem*, p. 481.

⁹ *Ibidem*, pp. 525 y 526.

En cuanto al segundo aspecto mencionado, el artículo 6o. de la Carta del Tribunal de Núremberg señala:

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sean en ejecución de dicho plan.¹⁰

En la sentencia del Tribunal de Núremberg también se analiza el concepto de conspiración, aunque se hizo en términos muy parecidos a la responsabilidad por pertenecer a una organización criminal. Esta forma de intervención debe partir de un acuerdo para cometer un crimen internacional (en el caso concreto se analizó la comisión de crímenes contra la paz). El objetivo del acuerdo debe ser criminal, es decir, debe haber un propósito criminal concreto, que se evidencia con un plan para realizar la conducta. Se excluyen declaraciones políticas, discursos o actos muy alejados en el tiempo y espacio de la efectiva realización del crimen internacional.¹¹ Por último, se señala que debe haber conocimiento del objetivo de la conspiración, que como ya se mencionó debe ser criminal, porque se participa con pleno conocimiento de que se realizarán conductas criminales.¹²

Del análisis de la pertenencia a una organización criminal y de la conspiración surge un elemento adicional que no está expresamente previsto en la Carta del Tribunal de Núremberg que es el conocimiento (*knowledge*). Debe haber un conocimiento vinculado con la actuación de los demás integrantes de la organización o del acuerdo. Esto es fundamental, pues en ambos casos las personas que no cometieron materialmente los crímenes internacionales, pero tenían conocimiento de que otras personas los estaban cometiendo o sabían que existía un plan o una estructura encaminada a realizar crímenes internacionales, eran igualmente responsables.

¹⁰ La versión original en inglés tiene una redacción diferente. “Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan”.

¹¹ *Sentencia del Tribunal de Núremberg, op. cit.*, p. 448.

¹² *Idem.*

III. JUICIOS POSTERIORES A NÚREMBERG (*SUBSEQUENT NUREMBERG TRIALS*)

Con este nombre se les denomina a todos los procesos penales que se llevaron a cabo después de concluido el magno juicio del Tribunal de Núremberg ante tribunales locales en las distintas zonas de ocupación de los aliados, con posterioridad a la capitulación de Alemania. También hubo procesos que se realizaron en países que fueron ocupados por la Alemania nazi o Japón, como en Noruega o China. En gran medida se trató de tribunales especiales o tribunales militares.

Todas estas instancias judiciales aplicaron las normas y principios derivados de la Carta del Tribunal de Núremberg, y la sentencia que se emitió con posterioridad. Para tal efecto se promulgó una ley denominada Ley No. 10, del Consejo de Control Aliado (Control Council Law No. 10) (Ley No. 10 del CCA), cuyo fin era homogeneizar la aplicación de las normas y principios de derecho penal internacional vigentes en ese momento. Este esfuerzo tuvo resultados mixtos, ya que la aplicación de las normas jurídicas fue uniforme en las zonas de ocupación estadounidense y francesa, pero en la zona británica no se consiguió tal efecto.¹³ También pudiera pensarse que muchos de estos tribunales fueron un antecedente de los tribunales híbridos que proliferaron al principio del actual siglo, pues tenían una naturaleza local, pero aplicaban una mezcla de derecho nacional y derecho penal internacional.

Desde una perspectiva metodológica, es importante tener esto presente, pues no se trata de instancias puramente internacionales. Sin embargo, aplicaron el derecho consuetudinario vigente en ese momento,¹⁴ y han tenido una influencia notable en la evolución del derecho penal internacional.¹⁵ Es por ello que se analizan, aunque esto implique apartarse del objeto de estudio inicialmente propuesto.

La Ley No. 10 del CCA tiene un esquema similar al de la Carta del Tribunal de Núremberg. El artículo 2o., en su primer inciso, establece la tipificación de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como la pertenencia a grupos u organizaciones considerados criminales por el Tribunal de Núremberg.

¹³ Taylor, Telford, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10*, 1949, pp. 6-8, disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_final-report.html.

¹⁴ Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, pp. 375 y 376.

¹⁵ Taylor, Telford, *op. cit.*, Anexo A, p. 116.

A continuación, se enumeran las formas de intervención. Aunque la regulación es más detallada que en la Carta del Tribunal de Núremberg, la redacción es complicada y con una terminología confusa. El artículo 2 (2) consta de seis subincisos en los cuales se establecen de una forma desorganizada los supuestos normativos. En primer lugar, se utiliza la palabra *principle*, que en el derecho anglosajón se refiere al autor, para distinguirlo del partícipe.¹⁶ Sin embargo, de una interpretación contextual del precepto parece que se refiere al autor material o directo de la conducta.¹⁷

En el siguiente subinciso se menciona el término *accessory*, que genéricamente se refiere al partícipe.¹⁸ Sin embargo, también se menciona el ordenar y asistir (*abetted*) de forma individual, como si éstas no fueran formas particulares de participación. Ya se adelantaba que la redacción era confusa.

Las siguientes hipótesis normativas son más inusuales. Se menciona el formar parte consciente de la comisión (*took a consenting part therein*)¹⁹ y tener una conexión con los planes o empresas relacionados con la comisión del crimen (*was connected with plans or enterprises involving its commission*).²⁰ En seguida se menciona la membresía a una organización criminal, aunque a diferencia de la Carta del Tribunal de Núremberg, no se hace alusión a la realización de un acto.²¹

Por último, también se es penalmente responsable (exclusivamente en relación con el crimen contra la paz) quien tuviera un alto cargo político, civil o militar en Alemania o sus aliados, así como una alta posición financiera, industrial o económica en dicho país.²²

Resulta bastante complejo encontrarle coherencia a esta disposición, además de que muchas de estas formas de intervención han caído en el desuso. Quizá se trató de establecer fórmulas genéricas tratando de equilibrar la aplicación de estas disposiciones por tribunales nacionales con las normas

¹⁶ Ashworth, Andrew, *Principles of criminal law*, 4a. ed., Oxford University Press, 2003, p. 413 (se le denomina *principal* a la persona que materialmente lleva a cabo los elementos de la descripción típica).

¹⁷ Ley No. 10 del CCA, artículo 2o, fracción 2, inciso a.

¹⁸ Ashworth, Andrew, *op. cit.*, p. 413 (se le denomina *accessory* a la persona que de alguna manera facilita a la persona que lleva a cabo los elementos de la descripción típica).

¹⁹ Ley núm. 10 del CCA, artículo 2o, fracción 2, inciso c.

²⁰ *Ibidem*, artículo 2o, fracción 2, inciso d.

²¹ *Ibidem*, artículo 2o, fracción 2, inciso e.

²² *Ibidem*, artículo 2o, fracción 2, inciso f. “with reference to paragraph 1 (a) if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country”.

jurídicas que se desprendieron de la Carta del Tribunal de Núremberg y la sentencia dictada por dicho tribunal, tomando en consideración que eran propias del derecho penal internacional y no tenían un reconocimiento en las jurisdicciones locales.

El tercer inciso representa una novedad interesante, pues establece un catálogo de penas que van desde la imposición de la pena de muerte hasta la restricción de derechos civiles. Es la primera vez que un instrumento internacional establece punibilidades; situación que no se repetirá hasta el estatuto de la Corte Penal Internacional. Para efectos del presente análisis es importante señalar que la redacción indica que “la sanción podrá consistir en una o más de las siguientes:...”²³ Esto significa que no hay una obligación de imponer una pena; es una opción que tienen los tribunales. En otras palabras, la punibilidad no es un componente indispensable para que haya un crimen internacional.

En los siguientes incisos se reitera la norma de que el cargo oficial y las órdenes del superior jerárquico no podrán ser consideradas como eximentes de responsabilidad o como atenuantes.²⁴

Consecuentemente, el esquema que se desprende de la Carta del Tribunal de Núremberg se repite en este instrumento internacional con los siguientes elementos: conducta, tipicidad y responsabilidad penal (la cual se manifiesta con las formas de intervención). De igual forma, se señala qué eximentes de responsabilidad no son aplicables, aunque no se dice si hay alguna que lo sea. El énfasis está en las punibilidades. Si bien se contemplan, se establecen de forma optativa. Así, para quienes pudieran considerar que la punibilidad es una parte esencial del delito, en este momento del desarrollo histórico no es un elemento del crimen internacional.

Solamente hay un esfuerzo doctrinal para sistematizar los elementos del crimen internacional derivados de esta jurisprudencia. Marxen, un autor citado por Kai Ambos, realizó un estudio del *Justice Trial*, del cual desprendió una estructura preliminar del crimen internacional, consistente en tres elementos y dos factores de conexión (*connecting links*). Los elementos son: la conducta concreta que se cometió, un contexto supraindividual y el resultado criminal. Por su parte, los factores de conexión son: la participación del individuo en una empresa criminal que a su vez tiene un resultado criminal.²⁵

²³ *Ibidem*, artículo 2o, fracción 3., “Such punishment may consist of one or more of the following...”.

²⁴ *Ibidem*, artículo 2o, fracción 4.

²⁵ Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I: *Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, p. 85.

La jurisprudencia de los juicios posteriores a Núremberg aporta algunos datos interesantes. En primer lugar, es importante señalar que se reiteran algunos de los principios establecidos por el Tribunal de Núremberg, lo cual no debe sorprender, pues como se mencionó previamente, este esquema normativo tuvo la intención de aplicar las normas jurídicas establecidas por dicho tribunal internacional. Por ejemplo, se establecieron los mismos elementos para la determinación de la responsabilidad por pertenecer a una organización criminal.²⁶ Destaca el caso de *Hoess*, ya que el acusado era comandante en Auschwitz, por lo que se declaró que cualquier campo de concentración cumplía con las características de una organización criminal.²⁷

Hay mucha disparidad en la aplicación del derecho en estos tribunales, lo cual hace difícil establecer reglas generales para una teoría del crimen internacional. Sin embargo, Heller ha identificado tres elementos en común: la comisión de un crimen previsto en la acusación, el conocimiento (*knowledge*) de la comisión del crimen y la participación de conformidad con alguna de las formas de intervención previstas.²⁸ Este esquema es muy similar al que se propone en este estudio con base en el análisis del texto de la Ley No. 10 del CCA. La única diferencia sustancial es que se enfatiza el segundo elemento, que es el conocimiento. Según Heller, hubo una convicción tal en la necesidad de adoptar este elemento subjetivo que la hipótesis normativa en la que se buscaba penalizar a los altos mandos políticos, civiles y militares del régimen nazi nunca fue utilizada, pues implicaba la ausencia de conocimiento (*strict liability*).²⁹

Las formas de intervención previstas en la Ley No. 10 del CCA no trascendieron en el derecho penal internacional. Sin embargo, en este contexto surgió la responsabilidad del superior jerárquico. El caso más emblemático es el de *Yamashita*, en donde el tribunal consideró que el acusado era penalmente responsable de las “atrocidades” cometidas por sus tropas. Cuando las conductas criminales son generalizadas no se puede alegar que el mando militar no tenía conocimiento de los hechos. Así, el mando es penalmente responsable cuando existe: 1) conocimiento de los hechos, 2) no hay un intento efectivo por investigar (*discover*) o controlar las conductas criminales,

²⁶ *Trial of Hauptsturmführer Amon Leopold Goeth*, Law Reports of Trials of War Criminals, 1948, vol. 7, p. 6.

²⁷ *Trial of Obersturmbannführer Rudolf Franz Ferdinand Hoess*, Law Reports of Trials of War Criminals, 1948, vol. 7, pp. 18-24.

²⁸ Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, p. 252.

²⁹ *Ibidem*, p. 251.

y 3) teniendo amplias facultades para sancionar.³⁰ Heller agrega como elemento la relación de suprasubordinación, que, aunque es un dato implícito y evidentemente necesario para establecer la responsabilidad de mando militar, no se menciona expresamente en los casos analizados.³¹

Si bien el concepto de pertenencia a una organización criminal ya no se encuentra vigente, surge en algunos casos una noción de “responsabilidad colectiva” (no responsabilidad de la empresa, la cual ya había sido descartada desde la sentencia del Tribunal de Núremberg). Puede mencionarse como un antecedente de la empresa criminal conjunta o la autoría mediante aparato organizado de poder.

En *Almelo*, el tribunal trazó una analogía con las pandillas a nivel nacional en un caso en el que se privó de la vida a unos prisioneros de guerra. El tribunal determinó que para establecer la responsabilidad penal es necesario que las personas estén presentes en el lugar de los hechos, que participen de una empresa común (*common enterprise*) que sea de carácter ilegal y con un propósito en común.³²

Heller agrega en su análisis de esta novedosa figura que deben reunirse cuatro elementos: la existencia de una empresa criminal, la comisión de un crimen internacional de conformidad con los objetivos de la empresa, el conocimiento del acusado de la existencia de la empresa criminal y la participación de la persona en dicha empresa.³³ Este autor destaca que no hay evidencia de que se haya requerido intención alguna para cometer los crímenes internacionales.³⁴ El elemento subjetivo requerido se limita a su participación dentro de la empresa.

En cuanto a las excluyentes de responsabilidad, se reitera en múltiples ocasiones que recibir órdenes del superior jerárquico no es una excluyente de responsabilidad, aunque pudiera considerarse como una atenuante. Sin embargo, no hay un solo caso en el que la orden del superior jerárquico haya sido considerada como atenuante, por lo que no se puede determinar con claridad en qué circunstancias se actualizaría uno u otro supuesto.³⁵

³⁰ *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Case 21, Reports of Trials of War Criminals, 1948, vol. 4, p. 35; *Trial of Lt. General Baba Masao*, Case. 60, Law Reports of Trials of War Criminals, 1949, vol. 11, pp. 57-60.

³¹ Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, p. 263.

³² *The Almelo Trial*, Case 3, Law Reports of Trials of War Criminals, 1947, vol. 1, p. 35.

³³ Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, p. 281.

³⁴ *Ibidem*, p. 283.

³⁵ *Peleus Trial*, Reports of Trials of War Criminals, 1947, vol. 1, pp. 16-20; *Dolster Case*, Reports of Trials of War Criminals, 1947, vol. 1, pp. 31-33; *Jaluit Atoll Case*, Reports of Trials

Lo que resulta novedoso son los casos en donde las excluyentes de responsabilidad no se descartan de forma automática, sino que se permite utilizarlas, aunque sea de forma muy restringida. Heller identifica que los tribunales (sobre todo los que aplicaron la Ley No. 10 del CCA) permitieron que se invocaran las excluyentes de estado de necesidad (*necessity* o *duress*), legítima defensa, error de derecho y necesidad militar.³⁶

En *Flick* se ilustra bien el punto anterior. En primer lugar, se hace un análisis de las disposiciones, la Ley No. 10 del CCA, y se argumenta que si bien se le niega la posibilidad de invocar las órdenes del superior jerárquico como excluyente de responsabilidad, esta prohibición no se hace extensiva al estado de necesidad. Incluso, el tribunal señaló que negar de antemano una excluyente podía interpretarse como un acto de venganza y no de justicia.³⁷ En seguida, siguiendo la doctrina del *common law*, estableció los elementos necesarios para que esta excluyente sea válida: la conducta tiene que realizarse con la intención de repeler una agresión grave e irreparable, que no exista una alternativa de actuación y que la acción elegida no fuera desproporcionada. Se agregó, a manera de comentario, que una persona que actúa de esta manera no lo hace de forma libre y con intención.³⁸

En este momento histórico no es muy relevante hablar del contenido de las excluyentes de responsabilidad y de las condiciones para su aplicación. El simple hecho de que jurisprudencialmente se hayan reconocido algunas, con una clara referencia a los sistemas jurídicos nacionales, es ya un avance importante. En conexión con el tema central de este estudio, se puede señalar que se trata del reconocimiento de los elementos negativos del crimen internacional.

IV. PRINCIPIOS DE NÚREMBERG

Derivado de la Carta y de la sentencia del Tribunal de Núremberg, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los Principios de Núremberg como la base de lo que constituiría el derecho penal internacional.³⁹

of War Criminals, 1947, vol. 1, p. 75; *Trial of Max Wielen and 17 others (Stalag Luft III Case)*, Reports of Trials of War Criminals, 1949, vol. 11, pp. 46 y 47.

³⁶ Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, pp. 299-311.

³⁷ *The Flick Trial*, Reports of Trials of War Criminals, 1949, vol. 9, p. 19 (This Tribunal might be reproached for wreaking vengeance rather than administering justice if it were to declare unavailable to defendants the defense of necessity here urged on their behalf).

³⁸ *Idem.*

³⁹ Dondé Matute, Javier, *Los principios de Núremberg: desarrollo y actualidad*, Inacipe, 2015, pp. XI-XIII.

No obstante, no hay novedades a lo ya señalado en este estudio. El principio I señala que los crímenes internacionales son actos cometidos por personas, el principio III establece que el cargo oficial no es una excluyente de responsabilidad, el principio VI tipifica las conductas consideradas crímenes internacionales, y el principio VII establece que la complicidad es igualmente un crimen internacional.

Quizá lo único interesante es que se matiza la aplicación de la regla de las órdenes del superior jerárquico. El principio IV establece: “El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma”.⁴⁰ Aunque hay quienes señalan que la responsabilidad penal seguía siendo absoluta, restándole importancia a este matiz,⁴¹ pudiera interpretarse como un primer reconocimiento del principio de culpabilidad, entendida como reprochabilidad de la conducta.⁴²

V. TRIBUNALES *AD HOC*

En este apartado se analizará la evolución del concepto de crimen internacional conforme al desarrollo que se ha evidenciado en el TPIY y en el TPIR (conjuntamente tribunales *ad hoc*).⁴³ Se utilizará la misma metodología empleada en los apartados anteriores, se iniciará con una interpretación de los estatutos que les dan vida a estos organismos internacionales y se complementará con la jurisprudencia que los interpreta y desarrolla. Con respecto a la jurisprudencia, es importante señalar que los razonamientos no siempre se vinculan de forma directa y precisa con los hechos que se consideran comprobados, por lo que el análisis tiene un margen de discrepancia que debe considerarse en las conclusiones.

⁴⁰ El texto en inglés es más preciso, y la redacción, menos confusa. Señala que la persona tuviera la posibilidad de elegir entre realizar o no la conducta desde una perspectiva moral: “The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him”.

⁴¹ Quero García, Alberto Ulises, “Principio IV”, en Dondé Matute, Javier (coord.), *Los principios de Núremberg: desarrollo y actualidad*, Inacipe, 2015, p. 171.

⁴² Zafarroni, Eugenio Raúl *et al.*, *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 2013, pp. 487 y 488.

⁴³ Mettraux, Guénaél, *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford University Press, 2005 (Este libro contiene un análisis más detallado de los elementos de los crímenes internacionales, tal como fueron desarrollados e interpretados por los tribunales *ad hoc*).

El Estatuto del TPIY⁴⁴ comienza la parte de derecho penal sustantivo estableciendo la tipificación de los crímenes internacionales de su competencia. El artículo 2o. establece los crímenes de guerra correspondientes a las graves violaciones a los convenios de Ginebra de 1949, el artículo 3o. tipifica los crímenes de guerra correspondientes a las leyes y costumbres de guerra, el genocidio se encuentra en el artículo 4o. y los crímenes de lesa humanidad en el artículo 5o.

El artículo 2o. tiene la peculiaridad de que establece que el TPIY tiene “competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen...”.⁴⁵ De esta manera, se establecen dos formas de intervención dentro de la descripción típica.

El artículo 4o. establece una especie de “parte general” exclusivamente aplicable para el genocidio. El párrafo 3 señala que “serán punibles los actos siguientes: a) El genocidio; b) La conspiración para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio”.

La redacción no es clara, pues establece lo que aparentemente es una autoría directa en el inciso a), delitos autónomos vinculados a ésta en los siguientes dos incisos, la tentativa y la complicidad en los últimos dos. Esta es la misma fórmula que se empleó en el artículo III de la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio. La diferencia es que este tratado no prevé formas de intervención diversas, como sí lo hace el Estatuto del TPIY.

En efecto, el artículo 7o. establece las formas de intervención en su primer párrafo: “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 en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”.

Como puede verse, hay disposiciones redundantes y superfluas. El ordenar se encuentra en el artículo 2o. y en el artículo 7o. del Estatuto del TPIY. Si se entiende “la comisión” como referencia al autor material, entonces la primera hipótesis del párrafo 3 del artículo 4o. relativa a la comisión del genocidio parece innecesaria. En este mismo precepto, los verbos “incitar” e “instigar” parecen intercambiables.

El artículo 7o., párrafo 3, establece la responsabilidad del superior jerárquico con los elementos que se identificaron por los tribunales anterior-

⁴⁴ Estatuto del TPIY, UNSC Resolución 827, 25 de mayo de 1993.

⁴⁵ Estatuto TPIY, artículo 2o, párrafo 1.

res, sobre todo en el caso *Yamashita*. Se requiere que el superior supiera o “tenía razones para saber” que los subordinados iban a cometer o estaban cometiendo algún crimen internacional y no lo impidió o, en su momento, sancionó.

Se repite la fórmula de que el cargo oficial no exime de la responsabilidad ni será considerado para atenuar la pena.⁴⁶ Las órdenes del superior jerárquico tampoco serán consideradas como una excluyente, pero el TPIY podrá considerarlas para atenuar la pena si “lo estima conforme a la justicia”.⁴⁷

Desde la perspectiva de la doctrina judicial, las aportaciones de la Sala de Apelaciones en *Tadic* son fundamentales, ya que establecieron la base del análisis en los casos siguientes. Se parte del cuestionamiento hecho por la defensa de que solamente las personas que materialmente cometían un crimen internacional podían ser consideradas penalmente responsables. Este punto fue rápidamente resuelto por la Sala, ya que el propio Estatuto del TPIY prevé formas de intervención distintas a la autoría material, así como el mandato de sancionar a todas las personas responsables de crímenes internacionales, que claramente se extiende más allá del autor material, sobre todo cuando hay varias personas que participan de una empresa criminal conjunta.⁴⁸

Entonces, era necesario establecer bajo qué condiciones era posible sancionar a los otros autores. La Sala parte del principio de *nulla poena sine culpa* que interpreta en el sentido de que la responsabilidad penal es personal, por lo que las personas sólo deben responder por los hechos propios.⁴⁹ Este tipo de responsabilidad está compuesta de dos elementos: uno objetivo (*actus reus*) y otro subjetivo (*mens rea*). Estos son requisitos mínimos según la costumbre internacional.⁵⁰

No obstante, se diluyó el concepto de elemento subjetivo, ya que en un caso extremo (como es la llamada empresa criminal conjunta III o ampliada) una persona es penalmente responsable de todos los crímenes que, aunque no formen parte del objetivo del plan común, se puedan prever

⁴⁶ *Ibidem*, artículo 7o., fracción 2.

⁴⁷ *Ibidem*, artículo 7o., fracción 4 (“...but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires”).

⁴⁸ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1 (Appeals Chamber), July 15, 1999, párrs. 189 y 190.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 186.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 194.

como una consecuencia natural de la empresa criminal conjunta, lo que la doctrina nacional denomina como “dolo eventual”.⁵¹

Aunque la doctrina ha criticado el uso del dolo eventual, se confirma que se requiere un elemento subjetivo mínimo. Se confirman igualmente los dos elementos básicos de la responsabilidad penal. Ahora bien, estos dos elementos de lo que la Sala de Apelaciones denominó como responsabilidad penal internacional permea a todo el sistema, tanto en el análisis de la conducta como crimen internacional como en las formas de intervención.

Desde la óptica de la doctrina, Werle y Jessberger han identificado los elementos del crimen internacional según el TPIY. Ellos consideran que se desarrolló un concepto dual de delito, que consiste en la comprobación de elementos objetivos y subjetivos a lo largo de tres niveles de análisis. Estos niveles comienzan con “la prueba del hecho global”, concepto que coincide con los elementos contextuales de cada crimen internacional. Estos elementos serían, por ejemplo, el conflicto armado o la población civil en el caso de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, respectivamente.

En un segundo nivel están los actos específicos que se comenten dentro del contexto (de un conflicto armado, por ejemplo). Nuevamente, estas conductas tienen elementos objetivos y subjetivos que los componen y que varían según el caso.

Por último, se encuentra el nivel de las formas de intervención, en donde se debe probar alguna de las hipótesis del artículo 7o. del Estatuto del TPIY. En este tercer nivel es donde el TPIY ha tenido mayor actividad, pues se han desarrollado figuras como la responsabilidad del superior jerárquico y la empresa criminal común.⁵²

Estos autores no consideran que las excluyentes del crimen internacional formen parte del análisis. Esta postura resulta congruente si se considera que el marco jurídico básico elimina la posibilidad de hacer valer la orden del superior jerárquico y no se menciona ninguna otra. Aunque las Reglas de Procedimiento y Prueba permiten que las personas procesadas invoquen la eximente de coartada y trastorno mental,⁵³ todas las que fueron alegadas fueron rechazadas. Notablemente, está el caso de la coerción (*duress*), que fue considerada como una atenuante, pero no excluyente plena del crimen internacional.⁵⁴ El trastorno mental fue considerado como una excluyente si

⁵¹ *Ibidem*, párr. 220.

⁵² Werle, Gerhard y Jessberger, Florian, *Tratado de derecho penal internacional*, 3a. ed., México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 301.

⁵³ Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, IT/32, 14 de marzo de 1994, regla 67.

⁵⁴ *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22 (Appeals Chamber), October 7, 1997, párr. 19.

como consecuencia no podía comprender la naturaleza y condición de sus actos o la ilicitud de los mismos. En resumen, que fuera de tal magnitud que se eliminara el elemento subjetivo de la conducta.⁵⁵

Más que un esquema de compuertas en las que se tiene que comprobar un elemento del delito para seguir a la comprobación del siguiente hasta llegar a la conclusión de que se está frente a un crimen internacional,⁵⁶ el esquema empleado por el TPIY es más bien el de un rompecabezas, en el que se deben juntar y poner en su lugar todos los elementos, sin importar la secuencia en la que esto ocurre; siempre y cuando al final se puedan comprobar los elementos objetivos y subjetivos de cada nivel de análisis.

Así, por ejemplo, en *Tadic* se comienza con el análisis de la existencia de un conflicto armado como “requisito general” común a las graves violaciones a los convenios de Ginebra (artículo 2o.), las violaciones a las leyes y costumbres de guerra (artículo 3o.) y a los crímenes de lesa humanidad.⁵⁷

A continuación, se hace un análisis particular de cada uno de los requisitos generales de cada uno de estos crímenes. En el caso del artículo 2o., se estudia si las víctimas eran “personas protegidas”.⁵⁸ Para que el artículo 3o. sea aplicable era necesario que existiera un conflicto armado, que la conducta tuviera una conexión con dicho conflicto y que se hubiera realizado contra personas que no participan de las hostilidades.⁵⁹ Por último, los “requisitos generales” de los crímenes de lesa humanidad son, además del conflicto armado,⁶⁰ que la conducta vaya dirigida contra una población civil,⁶¹ en el contexto de un ataque generalizado o sistemático.⁶²

En el caso de los crímenes de lesa humanidad, se menciona que además del nexo entre el conflicto armado y la conducta desplegada es necesario que exista una intención discriminatoria⁶³ y una política en el contexto de la cual se lleva a cabo.⁶⁴

⁵⁵ *Delalic et al.* (Appeals Chamber), February 20, 2001, párr. 582.

⁵⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *op. cit.*, p. 282. Zaffaroni señala que la teoría del delito es una serie de “compuertas” que deben abrirse una a una para permitir el ejercicio del poder punitivo. Debe verificarse que se dan todos los presupuestos por parte de la autoridad judicial para estar en posibilidades de aplicar el poder punitivo.

⁵⁷ *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1 (Trial Chamber), May 7, 1997, párr. 557-576.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 578-608.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 614-617.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 627-634.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 635-645.

⁶² *Ibidem*, párr. 645-659.

⁶³ *Ibidem*, párr. 650-652.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 653-655.

Es interesante que en esta primera sentencia no se hace un análisis de los elementos subjetivos requeridos para los crímenes de guerra previstos en los artículos 2o. y 3o.⁶⁵ En el caso de los crímenes de lesa humanidad, se requiere conocimiento del contexto amplio (que se presume es el conflicto armado y el ataque contra la población civil) en el que se comete la conducta.⁶⁶

Como ya se adelantaba, el supuesto de la autoría material no fue objeto de mucho análisis, dado que se dio por hecho que los parámetros estaban claramente determinados. Mucho más problemático resultó establecer el alcance de las formas de intervención que no implicaban una participación directa en los hechos. Desde la perspectiva teórica, esta parte de la doctrina judicial es la más relevante, ya que establece los parámetros mínimos que se requieren para establecer un nexo entre la comisión y la persona procesada.⁶⁷

La Sala de Primera Instancia se basó en la jurisprudencia de los juicios posteriores a Núremberg para establecer la base de la imputación, aunque admiten que dichos tribunales no hicieron un esfuerzo para fundamentar la culpabilidad de las personas procesadas.⁶⁸ No obstante, se llegó a la conclusión de que la responsabilidad penal se actualiza cuando con conocimiento se participa en la comisión del hecho criminal de forma directa y sustancial, ya sea antes, durante o después de la comisión (a través de alguna de las formas de intervención previstas en el Estatuto del TPIY). La persona también será penalmente responsable de todos los resultados que naturalmente ocurran como consecuencia de la conducta del autor material.⁶⁹

En los párrafos siguientes se hace un recuento de las conductas particulares que se cometieron durante el conflicto, pero sin tomar en consideración los elementos objetivos y subjetivos de cada conducta.⁷⁰

En conclusión, el esquema de Werle y Jessberger se aplicó en esta sentencia, comenzando con el nivel 1, después el nivel 2 y concluyendo con el nivel 3.

⁶⁵ *Kordic and Cerkez (Appeals Chamber)*, December 17, 2004, párr. 311 (En este caso posterior se menciona que se requiere conocimiento (*knowledge*) de la existencia del conflicto armado).

⁶⁶ *Prosecutor v. Tadic, op. cit.*, párr. 656.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 673.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 674.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 692.

⁷⁰ *Ibidem*, párrs. 693 *et seq.*

Este orden de los elementos no parece ser casualidad, pues en *Celebici* también se parte del análisis de contexto de conflicto armado.⁷¹ Posteriormente, se señalan los elementos de las formas de intervención, aunque cabe notar que en este caso ya se hace la distinción entre *actus reus* y *mens rea*.⁷²

Es notorio el estudio de la responsabilidad del superior jerárquico, ya que se desglosan los elementos de esta forma de intervención. En primer lugar, se requiere: *a)* la existencia de una relación de supra-subordinación; *b)* el superior tenía conocimiento o debía haber tenido conocimiento de que la conducta criminal estaba por cometerse o ya se había cometido, y *c)* el superior no tomó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o sancionar la conducta.⁷³

En este caso se aclara que el segundo de los elementos es el elemento subjetivo de la forma de intervención,⁷⁴ por lo que los otros dos constituirían los elementos objetivos de la responsabilidad del superior jerárquico.

Por último, se analizan los elementos de las conductas subyacentes, en donde aparece por primera vez la postura dualista. Se señala, citando jurisprudencia de los Estados Unidos, que “es un principio general de derecho que para establecer la responsabilidad penal se requieren dos elementos”.⁷⁵ En el análisis sobre homicidio se deja claro que el *actus reus* son los elementos objetivos de la conducta, en particular el acto físico que se lleva a cabo para privar de la vida.⁷⁶ Por su parte, el elemento subjetivo es la intención de privar de la vida o lesionar seriamente, sin consideración por la vida de la persona.⁷⁷

En este caso tampoco se sigue el orden establecido por Werle y Jessberger, aunque el análisis dualista ya está presente en todos los niveles. Estos autores proponen un sistema lógico y ordenado, que va de lo general a lo particular, y que se concreta con la forma de intervención aplicable al caso. Sin embargo, esta secuencia no se evidencia en la jurisprudencia, por lo que lejos de tratarse de un sistema de compuertas, se confirma un sistema parecido a un rompecabezas.

⁷¹ *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, Case No. IT-96-21 (Trial Chamber), November 16, 1998, párrs. 182-192.

⁷² *Ibidem*, párr. 326.

⁷³ *Ibidem*, párr. 346.

⁷⁴ *Ibidem*, párrs. 383-393.

⁷⁵ *Ibidem*, párrs. 424 (*It is apparent that it is a general principle of law that the establishment of criminal culpability requires an analysis of two aspects.*).

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 424.

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 439.

Es importante notar que el método dualista también fue empleado para analizar los elementos del genocidio. El elemento objetivo es la comisión de alguna de las conductas descritas en el tipo penal. El elemento subjetivo es la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.⁷⁸ El “requisito general” no se encuentra expresamente mencionado en el tipo penal, pero se puede inferir del carácter masivo y sustancial de la regulación que tiene su antecedente en la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio.⁷⁹

Por su parte, el Estatuto del TPIR establece una estructura similar a la del TPIY. Comienza con la tipificación de los crímenes internacionales: genocidio (artículo 2o.), crímenes de lesa humanidad (artículo 3o.) y crímenes de guerra constitutivos de violaciones al artículo 3o. común a los convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II de los convenios (artículo 4o.). Asimismo, se establecen las formas de intervención y la negativa de considerar el cargo oficial y las órdenes del superior jerárquico como una excluyente de responsabilidad, aunque en el caso de las órdenes del superior jerárquico es posible considerar la atenuación de la pena por consideraciones de justicia.

La redacción es casi idéntica a la del Estatuto del TPIY, por lo que los comentarios que se hicieron en su momento son igualmente aplicables a este instrumento internacional. En cuanto a las diferencias, cabe destacar el encabezado del artículo 3o., que modifica el contexto en el que se debe cometer un crimen de lesa humanidad; como consecuencia, se modifican los “requisitos generales de aplicación”. En esta nueva redacción se elimina la necesidad de que haya un conflicto armado, lo cual se sustituye por el ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y se hace patente la intención discriminatoria, al señalar que las conductas se cometen “por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas”.

También debe señalarse que los crímenes de guerra que se cometen son únicamente en el contexto de un conflicto armado no internacional, a diferencia del TPIY, que tenía una competencia material, que incluía crímenes de guerra en el contexto de un conflicto armado internacional.

En este momento es importante realizar un apunte metodológico. Los tribunales *ad hoc* tuvieron mucha interacción, precisamente por la similitud en la redacción de sus instrumentos constitutivos. Por ejemplo, en *Akayesu* se utilizó el mismo concepto de responsabilidad penal para formas de inter-

⁷⁸ *Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10 (Trial Chamber), December 14, 1999, párr. 62.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 82.

vención no directas que en *Tadic*.⁸⁰ Como consecuencia, se abordará el análisis de la estructura de *Akayesu*, por ser la primera sentencia internacional por genocidio en la historia, y se abordarán temas particulares que abonen al estudio planteado, en el entendido de que los demás temas se analizaron al igual que el TPIY, y no hay aportaciones adicionales que se deban hacer. No obstante, hay temas relevantes que fueron abordados con mayor profundidad por el TPIR que su contraparte. Destaca la discusión respecto de los bienes jurídicos tutelados. En la dogmática penal nacional es un componente esencial del juicio de tipicidad,⁸¹ consecuentemente, si existe un reconocimiento a nivel internacional habrá que señalarlo y vincularlo con el concepto de crimen internacional.

Después de realizar un recuento bastante amplio de los hechos posiblemente constitutivos de crímenes internacionales, el TPIR inicia el análisis de las disposiciones legales aplicables. En primer lugar, analiza la posibilidad de imputar distintos crímenes derivados de los mismos hechos, en lo que constituiría un concurso.⁸² Se continúa con un análisis de las formas de intervención.⁸³ Concluye con un análisis del crimen de genocidio,⁸⁴ crímenes de lesa humanidad⁸⁵ y crímenes de guerra.⁸⁶

Esta estructura es la misma que se presenta en los casos del TPIY, lo cual confirmaría que en los tribunales *ad hoc* adoptan un método de “rompecabezas”, en donde están presentes los elementos del crimen internacional, pero resulta irrelevante en qué orden se estudian. Aunque también es importante señalar que el orden preferido es (con base en el esquema de Werle y Jessberger): requerimientos generales, formas de intervención aplicables y conductas particulares. En efecto, aunque ya se haya detectado un patrón, hay casos en los que el orden de análisis se altera; por ejemplo, en *Musema* se inicia con un análisis de las formas de intervención (en particular, la responsabilidad del superior jerárquico).⁸⁷ A continuación, establecen las

⁸⁰ *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998, párr. 477.

⁸¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *op. cit.*, pp. 368 y 369.

⁸² *Prosecutor v. Akayesu*, *op. cit.*, párr. 461-470.

⁸³ *Ibidem*, párr. 471-492.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 492-524.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 563-598.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 599-610.

⁸⁷ *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-T (Trial Chamber), January 27, 2000, párrs. 127-148.

bases del crimen de genocidio,⁸⁸ de los crímenes de lesa humanidad⁸⁹ y de los crímenes de guerra.⁹⁰

Como ya se adelantaba, ante el TPIR se hicieron algunas afirmaciones con respecto al bien jurídico que pudieran contribuir a la formulación de un concepto de crimen internacional. En el contexto de determinar si es posible que haya un concurso de crímenes internacionales, se señaló en *Akayesu* que un factor determinante es la protección de intereses distintos, de tal forma que si una mayor protección implica condenar por dos o más crímenes distintos derivados de los mismos hechos, entonces no habría concurso.⁹¹ Así, el genocidio protege a ciertos grupos de su exterminio, los crímenes de lesa humanidad protegen a la población civil de la persecución y los crímenes de guerra protegen a los no combatientes.⁹²

Un aspecto relevante de las sentencias del TPIR es que se explica detalladamente la “parte general” que acompaña al tipo penal de genocidio. Para recapitular, el artículo 2 (3) del Estatuto del TPIR establece que serán sancionables el genocidio, la conspiración para cometer genocidio, la incitación pública y directa para cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio.⁹³

De inicio, es importante aclarar que la jurisprudencia ha señalado que los primeros cuatro supuestos son crímenes autónomos. En particular, la incitación y la tentativa son crímenes inacabados. La complicidad, por su parte, es una forma de intervención.

La conspiración para cometer genocidio se define como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para cometer el crimen de genocidio, lo cual constituye el elemento objetivo.⁹⁴ Cabe notar que no es necesario que haya un acto posterior al acuerdo encaminado a realizar la conducta criminal.⁹⁵ Por su parte, al ser un crimen autónomo requiere de un elemento subjetivo que consiste en la intención de destruir total o parcialmente al grupo victimizado.⁹⁶

⁸⁸ *Ibidem*, párrs. 149-198.

⁸⁹ *Ibidem*, párrs. 199-233.

⁹⁰ *Ibidem*, párrs. 234-288.

⁹¹ *Prosecutor v. Akayesu*, *op. cit.*, párr. 468.

⁹² *Ibidem*, párr. 469.

⁹³ *Estatuto del TPIR*, artículo 2o., fracción 3. (3).

⁹⁴ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze* (Appeals Chamber), November 28, 2007, párr. 894.

⁹⁵ *Ibidem*, *Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, párrs. 2-6.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 894.

Por su parte, la incitación pública y directa para cometer genocidio tiene como elemento objetivo la realización de conductas que tengan como objetivo alentar o convencer a las personas para que cometan genocidio.⁹⁷ Por su parte, el elemento subjetivo es la intención de destruir (total o parcialmente) a alguno de los grupos protegidos.⁹⁸

Aunque la complicidad es una forma de intervención, también debe desglosarse entre elementos objetivos y subjetivos. Así, el elemento objetivo se puede resumir en brindar asistencia, alentar, procurar medios o instigar a otras personas para que cometan genocidio. Al ser una forma de intervención, no se requiere el dolo específico del genocidio, sino solamente es necesario que la persona tenga conocimiento de que las personas que está auxiliando cometerán un genocidio.⁹⁹

Por último, en la medida en la cual la conspiración y la incitación pública y directa para cometer genocidio son crímenes autónomos, pero inacabados, no se requiere que se consuma el crimen de genocidio.¹⁰⁰ Esto resulta evidente en el caso de la tentativa; pero no lo es tanto en el caso de la conspiración o de la incitación. La conspiración se agota en el momento en el que se concreta el acuerdo de voluntades.¹⁰¹

VI. LOS PROYECTOS DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD (1951, 1954, 1991 Y 1996)

A partir de los Principios de Núremberg se generó un movimiento dentro de la Comisión de Derecho Internacional para codificar las normas de derecho penal internacional. El proceso sufrió de distintos obstáculos e interrupciones. Estos instrumentos internacionales nunca fueron probados ante los tribunales, pero la versión final, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad Internacional de 1996 (Proyecto 1996), influyó mucho en la determinación del derecho aplicable ante los tribunales *ad hoc*.¹⁰²

⁹⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, *op. cit.*, párr. 556.

⁹⁸ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, *op. cit.*, párr. 677.

⁹⁹ *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana* (Appeals Chamber), December 13, 2004, párr. 499.

¹⁰⁰ *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, *op. cit.*, párr. 720.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Žigiranyirazo* (Trial Chamber), December 18, 2008, párr. 389.

¹⁰² *Prosecutor v. Akayesu*, *op. cit.*, párr. 475; *Prosecutor v. Tadić*, *op. cit.*, párrs. 622, 665 y 688; *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo*, *op. cit.*, párrs. 309, 338, 342, 378 y 395; *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1 (Trial Chamber), December 10, 1998, párrs. 231 y 232, 242 y 243; *Prosecutor v. Jelisić*, *op. cit.*, párr. 61 (estos son algunos de los ejemplos en donde se destaca la importancia del Proyecto 1996 para la determinación del derecho aplicable).

Es importante para este estudio, trazar la evolución del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, con objeto de tener más elementos para determinar cómo ha evolucionado el concepto de crimen internacional (a la par del desarrollo jurisprudencial, que ya se analizó),¹⁰³ concluyendo con el Proyecto 1996, que sirvió de antecedente directo del Estatuto de la CPI, y que puede ser considerado el reflejo de la costumbre internacional.¹⁰⁴

Como ya se adelantaba, el Proyecto 1951 se basó en los Principios de Núremberg. Éste sufrió algunas revisiones en el Proyecto 1954, pero no hubo cambios sustanciales. Esta última versión consta de solamente cuatro artículos. Se señala que las conductas descritas son crímenes internacionales (artículo 1o.); se tipifican ciertas conductas que actualmente podrían constituir el crimen de agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (artículo 2o.). También se incorpora la conspiración, la instigación directa (no menciona que sea pública), la complicidad y la tentativa (artículo 2 (13)).

Se repite la regla consistente en que el cargo oficial no será una excluyente de responsabilidad (artículo 3o.). De igual forma, se retoma la noción de que la orden del superior jerárquico no puede ser una excluyente de responsabilidad si “tomando en consideración las circunstancias del momento, era posible no cumplir con la orden” (artículo 4o.). En los comentarios se aclara que si bien se cambió la redacción prevista en los Principios de Núremberg en el sentido de que las órdenes del superior jerárquico podrían constituir una excluyente si no había una opción moral (*moral choice*), no hubo intención en cambiar la norma jurídica subyacente.

Como se puede observar, no hay mayor aportación a lo que se desarrolló en otros ámbitos. Solamente es importante mencionar que los trabajos se suspendieron hasta que no se contara con una definición de agresión que fuera más precisa y se propusiera un estatuto para un tribunal penal internacional permanente.¹⁰⁵

Como ya se observaba, no hubo cambios sustanciales hasta la década de los noventas, cuando se elabora el Proyecto 1991. Esta versión incluye avances importantes en sus dos primeros artículos. El primer artículo señala que los crímenes del Código son crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, lo cual apunta a la identificación de un bien jurídico tutelado. No es el momento de analizar si la paz y seguridad de la humanidad es un

¹⁰³ Sunga, Lyle S., “The Emerging System of International Criminal Law-Developments in Codification and Implementation”, *Kluwer Law International*, 1997, pp. 8-25 (para un resumen de la historia de los proyectos).

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Furundzija*, *op. cit.*, párrs. 227 y 247.

¹⁰⁵ Sunga, Lyle S., *op. cit.*, p. 9.

bien jurídico precisamente identificado o si hay una correspondencia entre éstos y los crímenes tipificados; sin embargo, es importante señalar que la redacción ya apunta a que debe haber ciertos valores o intereses que deben protegerse.

El artículo 2o. señala que los crímenes internacionales pueden ser actos u omisiones. Si se considera que antes solamente se preveía la posibilidad de que estas conductas fueran solamente acciones, con el uso de palabras como “acto” (*act*), es evidente el cambio de postura.

El artículo 3 (2) señala de forma todavía muy rudimentaria algunas formas de intervención, como la ayuda o asistencia (*aiding and abetting*), la conspiración y la incitación directa a cometer alguno de los crímenes internacionales. De la redacción no se precisa si se trata de crímenes autónomos (o inacabados) o formas de intervención. En el artículo 3 (3) se regula la tentativa con cuatro elementos: 1) el propósito de cometer un crimen determinado; 2) un acto que implique el principio de comisión; 3) la posibilidad aparente de cometerlo, y 4) la no consumación por causas ajenas al autor.¹⁰⁶

El artículo 4o. prevé una disposición novedosa, pues establece que los móviles no serán tomados en cuenta y son ajenos a la definición típica. Debe pensarse que por móvil no se entiende lo mismo que intención,¹⁰⁷ pues esto implicaría un retroceso en el desarrollo del derecho penal internacional, que desde sus inicios reconoció que todas las conductas deberían tener un elemento subjetivo, de conformidad con el principio de culpabilidad.

Por lo demás, se reiteran las normas relativas a las órdenes del superior jerárquico (artículo 11), cargo oficial (artículo 13) y responsabilidad de mando (artículo 12).

Quizá la parte más novedosa del Proyecto 1991 es la inclusión de crímenes internacionales que no se habían considerado previamente. Se incluyen tipos penales de agresión (artículo 15), amenaza de agresión (artículo 16), intervención (artículo 17), dominación colonial o extranjera (artículo 18), genocidio (artículo 19), *apartheid* (artículo 20), violaciones sistemáticas o masivas a los derechos humanos (que al parecer pretendía sustituir a los crímenes de lesa humanidad) (artículo 21), crímenes de guerra excepcionalmente graves (artículo 22), mercenarismo (artículo 23), terrorismo internacional (artículo 24) y crímenes ambientales (artículo 26).

El artículo 14 prevé la posibilidad de invocar causas de justificación “conforme a los principios generales del derecho y la naturaleza del crimen”. Asimismo, prevé la posibilidad de que el tribunal considere y evalúe

¹⁰⁶ Proyecto 1991, artículo 3o., comentario 5.

¹⁰⁷ *Ibidem*, artículo 4o., comentario único.

atenuantes posibles. Si bien se consideró importante establecer la posibilidad de que se analizaran causas de justificación, no hubo consenso en determinar con precisión cuáles serían aplicables.¹⁰⁸

El Proyecto 1996 es el documento más acabado y que goza de mayor legitimidad pues recoge los comentarios que los Estados le hicieron al Proyecto 1991. Este ejercicio, como ya se adelantaba, fortalece la postura de que se trata de un documento que forma parte de la costumbre internacional.¹⁰⁹

Antes de entrar al análisis del esquema normativo del Proyecto 1996 es importante mencionar que en las discusiones previas que se dieron en las revisiones de 1994 y 1995 se consideró la posibilidad de incluir un concepto general de crimen internacional, con la finalidad de establecer un punto de partida para la identificación de crímenes internacionales. Aunque hubo dificultades en incluir dicha definición, se pudo consensar que hubiera ciertos elementos que todo crimen internacional debería contener, como la gravedad, su carácter masivo y la afectación sobre el orden jurídico internacional.¹¹⁰

En los primeros artículos se reafirma la existencia del concepto de responsabilidad penal internacional, del cual derivan los crímenes internacionales propuestos en el Proyecto 1996.¹¹¹ Cabe mencionar que el amplio catálogo de conductas previstas en el Proyecto 1991 se redujo sustancialmente para incluir únicamente los crímenes internacionales nucleares (*core crimes*).

Estos crímenes pueden cometerse a través de acciones u omisiones.¹¹² Además, se enfatiza que solamente se considera la comisión dolosa de los mismos.¹¹³ Esto se destaca en el artículo 2 (3), donde se incorporan las formas de intervención, muchas de las cuales establecen expresamente la comisión dolosa con el uso de términos como “intencionalmente” o “con conocimiento”.

Este precepto se redacta de forma similar a lo que ya se había incorporado en el Proyecto 1991. Se incluyen formas de intervención, como ordenar, auxiliar, la conspiración y la instigación pública y directa. Asimismo, se regula la tentativa con los mismos elementos que en el Proyecto 1991.¹¹⁴

¹⁰⁸ *Ibidem*, artículo 14, comentarios 1-3.

¹⁰⁹ Allain, Jean y Jones, John R. W. D., “A patchwork of norms: A commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, 1997, 8 *Eur. J. Int'l L.* 100 (para un análisis crítico del Proyecto 1996).

¹¹⁰ Boister, Neil y Cryer, Robert, *op. cit.*; véase Fletcher, George P., *op. cit.*

¹¹¹ *Proyecto 1996*, artículos 1o. y 2o.

¹¹² *Ibidem*, artículo 2o., comentario 7.

¹¹³ *Ibidem*, artículo 2o., comentario 7.

¹¹⁴ *Ibidem*, artículo 2o., fracción 3, comentario 17.

Del Proyecto 1991 al Proyecto 1996 se pueden identificar los siguientes cambios sustanciales: 1) se agrega autoría directa, ordenar y la incitación pública y directa a las formas de intervención;¹¹⁵ 2) la orden del superior jerárquico se regula como una atenuante solamente, ya no como una excluyente de responsabilidad;¹¹⁶ 3) el Proyecto 1991 incluía un esquema de punibilidades que se eliminó.

Sobre los dos últimos puntos es importante hacer algunas observaciones. Las órdenes del superior jerárquico se plantean como una atenuante, no como una excluyente de responsabilidad. No obstante, se redactó como un estado de necesidad, pues se debe ponderar el daño que producirá el no acatar la orden, que deberá ser igual o mayor. También se señala que el daño debe ser inminente.¹¹⁷

Las punibilidades se habían omitido hasta el Proyecto 1991, pues resultaba problemático establecer consensos. No obstante, su eliminación en el Proyecto 1996 se sustituyó con una regulación novedosa, que implicaba establecer parámetros para la aplicación de penas. Esto es un rudimentario reconocimiento al principio de proporcionalidad que se basa en el tipo y gravedad del crimen internacional.¹¹⁸ En los comentarios se precisa que los factores que deben considerarse son la preparación y la comisión con especial crueldad o barbarie.¹¹⁹

Por último, se puede destacar que la responsabilidad del superior jerárquico curiosamente se considera en dos partes. Primero como una omisión derivada del artículo 2 (3) (c) y, posteriormente, con los elementos propios ya considerados previamente en el artículo 6o.

No se regulan las excluyentes de responsabilidad. Simplemente se menciona que se aplicarán conforme a “principios generales de derecho”.¹²⁰ No obstante, en los comentarios se mencionan la legítima defensa,¹²¹ la coerción,¹²² la necesidad militar¹²³ y el error de hecho.¹²⁴

¹¹⁵ *Ibidem*, artículo 2o. Cabe notar que se agrega que la incitación pública y directa; antes solamente se requería que la incitación fuera pública.

¹¹⁶ *Ibidem*, artículo 5o.

¹¹⁷ *Ibidem*, artículo 3o., comentario 5.

¹¹⁸ *Ibidem*, artículo 3o.

¹¹⁹ *Ibidem*, artículo 3o., comentario 3.

¹²⁰ *Ibidem*, artículo 14.

¹²¹ *Ibidem*, artículo 14, comentario 7.

¹²² *Ibidem*, artículo 14, comentarios 9 y 10.

¹²³ *Ibidem*, artículo 14, comentario 11.

¹²⁴ *Ibidem*, artículo 14, comentario 12.

Se menciona que las atenuantes se aplicarán con base en los principios generales de derecho, para cuyo efecto se remiten los comentarios a la jurisprudencia de los juicios posteriores a Núremberg.

En términos generales, los proyectos no ofrecen información adicional para establecer un concepto de crimen internacional. El Proyecto 1996, que fue la última versión, y que además cuenta con la incorporación de los comentarios vertidos por los Estados, establece y confirma la existencia de elementos aislados, como el elemento subjetivo, la comisión a través de acciones u omisiones, las formas de intervención más comunes, la responsabilidad del superior jerárquico, las órdenes del superior jerárquico y la tipificación de los crímenes internacionales más aceptados. Como ya se ha visto, hay un escaso reconocimiento a las excluyentes de responsabilidad y a las atenuantes; aunque en el tema de las punibilidades se empieza a formar un concepto de culpabilidad. No obstante, sería aventurado proponer una definición de crimen internacional con base en estos elementos, sobre todo cuando la propia Comisión de Derecho Internacional prefirió retirar su propia propuesta.

VII. CONCLUSIONES

A manera de conclusión se identificarán las contribuciones más relevantes para el futuro de la teoría del crimen internacional derivadas de la presente indagatoria.

Es importante señalar que desde el Tribunal de Núremberg se descartó la posibilidad de establecer sanciones colectivas en favor de la responsabilidad penal individual. Esto tuvo como consecuencia un primer acercamiento a un concepto de crimen internacional con tres elementos: 1) conducta, 2) tipicidad, y 3) forma de intervención.

Este esquema tripartito se confirma en los juicios posteriores a Núremberg, donde se agrega un elemento adicional, que es el conocimiento. Es importante señalar que si bien el elemento subjetivo no se ubicó propiamente como parte de la conducta, siempre quedó claro que era indispensable para que existiera un crimen internacional. Esto se confirmó en *Tamashita* y en los demás casos donde se analizaron formas de intervención que se alejaban de la comisión material de la conducta.

A pesar de que desde sus inicios se rechazó la responsabilidad colectiva, en el Tribunal de Núremberg y en los juicios posteriores a Núremberg ya se empezaba a generar un concepto de responsabilidad grupal en donde un individuo era penalmente responsable, pero siempre actuaba en combina-

ción con otras personas. Esta noción culminaría con la figura de la empresa criminal conjunta ante el TPIY.

También es importante señalar que se empieza a gestar un concepto de culpabilidad incipiente, vinculado a la idea de reprochabilidad de la conducta. Esto se ve en los Principios de Núremberg y con el caso *Tadic*.

En *Tadic* se desarrolla el concepto de *nullum crimen sine culpa*, aunque referido a la necesidad de establecer un elemento subjetivo. De ahí deriva, por primera vez, el análisis binario de crimen internacional: *actus reus* y *mens rea*. En la jurisprudencia del TPIY este último elemento no está integrado solamente por el conocimiento, sino también por la intención de cometer la conducta criminal.

A partir de *Akayesu*, se pueden empezar a identificar ciertos bienes jurídicos, que tradicionalmente forman parte del juicio de tipicidad, pero que en el TPIR se vuelven indispensables para analizar el concurso de crímenes.

En los proyectos hay otros elementos que paulatinamente se van incorporando al concepto de crimen internacional: la posibilidad de cometer un crimen a través de las omisiones, la tentativa, la reiteración de un concepto incipiente de bien jurídico tutelado e indicios de la existencia del principio de proporcionalidad para la determinación de las penas aplicables.

En todos los casos destaca la ausencia de excluyentes de responsabilidad. Un análisis más profundo y detallado de éstas podría contribuir a establecer un concepto de crimen internacional al dejar claramente establecido cuándo no se actualiza éste.

Aunque la doctrina citada ha intentado establecer diversos esquemas para identificar los elementos y niveles de análisis, éstos no se confirman con el estudio de la doctrina judicial. Es correcto, como afirman Werle y Jessberger que se ha desarrollado (principalmente a raíz de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*) un esquema de elementos objetivos y elementos subjetivos en tres niveles. Sin embargo, no hay evidencia de que se haya analizado de forma ordenada y sistemática en lo que se ha denominado un sistema de compuertas.

Aunque los elementos han sido correctamente identificados, se propone pensar en un sistema de rompecabezas, donde no es importante identificar con qué elementos del crimen internacional debe iniciarse el análisis (elementos contextuales, conductas en particular o formas de intervención), siempre y cuando al final se puedan verificar los tres niveles de análisis, con sus respectivos elementos objetivos y subjetivos. Cada tribunal podrá libremente decidir por dónde iniciar, continuar y concluir su análisis del crimen internacional, según las circunstancias del caso.