

DERECHO PENAL INTERNACIONAL
PRIMERA PARTE
Miguel Alía Plana

INDICE

I.-LOS DELITOS INTERNACIONALES

II.-MARCO DE REFERENCIA PREVIO

- 1.-Derecho y guerra
- 2.-El comportamiento debido en campaña

II.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS INTERNACIONALES

- 1.-La confusión original
- 2.-1914-1939
 - 2.1.-La Paz de Versalles: el caso *káiser Guillermo*
 - 2.2.-La primera referencia represora en la postguerra realizada por vía convencional
 - 2.3.-Las aportaciones de Lemkin: el primer intento de sistematización

IV.-LOS TRIBUNALES MILITARES DE NUREMBERG Y TOKIO

V.-DE LA GUERRA FRÍA A LA ACTUALIDAD: LA PUNICIÓN NACIONAL

- 1.-Conflictos étnicos, Guerra y Postguerra Fría
 - 2.-El medio: la limpieza étnica
 - 3.-Perspectivas nacionales: casos concretos
 - 3.1.-El caso *Eichmann*
 - 3.2.-El caso *Klaus Barbie*
 - 3.3.-El caso *Demjanjuk contra Petrovski*
 - 3.4.-El caso *Pinochet*
 - A.-Introducción
 - B.-Las Juntas Militares del Cono Sur
 - C.-La *Operación Cóndor*
 - D.-El procesamiento
 - E.-Las conductas imputadas: genocidio, terrorismo y torturas
 - F.-Legislación española aplicable al caso
 - G.-Legislación internacional aplicable al caso
 - H.-Inaplicación del principio *non bis in idem*, de la prescripción y de la amnistía
- ANEXO:** el Informe Rettig

I

LOS DELITOS INTERNACIONALES

Según GIL¹, en la actualidad los delitos internacionales pueden clasificarse de acuerdo con cuatro categorías independientes y con naturaleza propia: *crímenes contra la paz, contra la humanidad, de guerra y genocidio*, según se desprende del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), aprobado el 17 de julio de

1.-GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

1998². Hagamos una aproximación al tema:

-1.-El genocidio: este es sin duda, a primera vista, el delito menos problemático en cuanto a su tipificación, aunque en la práctica (caso *Pinochet*) se haya interpretado de forma extensa, como veremos más adelante. Se define en la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por Resolución 260 (III) A de la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948* como 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.*

La Convención prevé que los casos de genocidio pueden remitirse a un tribunal penal internacional. Esta primera y aparente sencillez se ha enturbiado después de la *doctrina GARZÓN* basada en el *Informe Whitaker*³ y planteada en el caso *Pinochet*, a la que haremos referencia en su momento.

-2.-Crímenes contra la paz o delito de agresión: los crímenes contra la paz, o delito de agresión, presenta más dificultades en cuanto al tipo, ya que no existe una definición previa, contenida en ningún tratado, comparable a la del genocidio, como pueda ser el empleo de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. Haya o no declaración de guerra y desde un punto de vista consuetudinario, los ejemplos siguientes son, sin duda, actos de agresión:

- a) la invasión o el ataque del territorio de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado, o cualquier ocupación militar, o cualquier anexión mediante el empleo de la fuerza, del territorio o de parte del territorio de otro Estado.
- b) el bombardeo o el empleo de cualquier arma contra el territorio de otro Estado.
- c) el bloqueo de los puertos y de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado.
- d) el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas o contra la marina y la aviación civil de otro Estado.
- e) la utilización de las fuerzas armadas de un Estado que están estacionadas en el territorio de otro Estado con el consentimiento del Estado de acogida, contrariamente a las condiciones estipuladas en el acuerdo, o toda prolongación de su presencia sobre el territorio en cuestión, más allá de la terminación del acuerdo.

2.-

<http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/22615d8045206c9b41256559002f7de4/d07a4ccfe7a0ea894125669c004db654?OpenDocument>.

3.-Cf. WHITAKER, M.B., "*Estudio sobre la cuestión de la prevención y la represión del crimen de genocidio*", documento ECOSOC, E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985; en Internet, <http://www.un.org>.

f) el hecho de que un Estado admita que su territorio, que ha sido puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por este último para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado.

g) el envío por un Estado o en nombre suyo de bandas o grupos armados, de fuerzas irregulares o de mercenarios que cometan actos de fuerza armada contra otro Estado, de tal gravedad que se equiparen con los actos enumerados más arriba, o el hecho de participar de manera substancial en una acción de tal índole.

Lógicamente, el Estado víctima de una agresión tiene derecho a ejercer la legítima defensa. No constituyen actos de agresión los actos realizados en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, así como los que tienen como propósito la lucha contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o la subyugación, de acuerdo con la Resolución 1514 (XV) de Naciones Unidas.

En la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, se trata de la agresión por parte de los Estados, pero no se contempla como crimen susceptible de cometerse por una persona física. Por otra parte, esta Resolución tiene por objeto servir de guía al Consejo de Seguridad, órgano al que da una serie de pautas para la interpretación de las relaciones interestatales, pero no dar una definición para uso judicial. Sin embargo, dadas las disposiciones del párrafo, 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, ofrece alguna orientación que nos permite afirmar que, hoy en día, un tribunal debería estar en mejores condiciones para definir este crimen, generalmente definido como de Derecho Internacional consuetudinario, que los Tribunales de Nuremberg y Tokio en 1946. Sin duda parecería regresivo excluir la responsabilidad penal individual respecto de la agresión (en particular los actos directamente relacionados con la iniciación de una guerra de agresión) cincuenta años después de Nuremberg. Por otra parte, las dificultades de la definición y aplicación, unidas a la responsabilidad especial del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta, significan que deben tomarse medidas especiales para garantizar que sólo se incoen procedimientos por agresión si el Consejo de Seguridad determina primero que el Estado de que se trate ha cometido una agresión. Al respecto tampoco ha habido consenso. Se ha opinado que no todo acto de agresión es un crimen que dé lugar a la responsabilidad penal de los individuos. La norma consuetudinaria, tal como ha evolucionado desde 1945, sólo abarcaba la *iniciación de una guerra de agresión*. Esta opinión se apoyaba, en particular, en el apartado a) del artículo 6 de la Carta Nuremberg; y en la Declaración sobre las relaciones de amistad, contenida en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, cuyo principio 1 establece que *una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz que, con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad*. A mayor abundamiento, el art. 5. párr. 2 de la Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, sobre la definición de este término, establece que la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional.

-3.-Crímenes de guerra o violaciones de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados: Se reflejan aquí una prohibición ya clásica del Derecho Internacional, contenida en los estatutos de Nuremberg y Tokio. Estas normas se desglosan en las ya conocidas ramas del Derecho de la Guerra y Derecho Humanitario Bélico

(Convenciones de La Haya, Ginebra y Protocolos Adicionales), en las que se regula el comportamiento bélico en sus dos formas: *jus ad bello* y *jus in bellum*.

-4.-Crímenes de lesa humanidad: Este es un término técnico específico que responde a una posición de Derecho Internacional General, aunque no cuenta con una base convencional clara, hasta tiempo recientes, que determinara qué conductas típicas englobaba. El Estatuto del Tribunal de Nuremberg estableció una primera aproximación mediante una enumeración de comportamientos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación, la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y cualquier otro *acto inhumano*. Comprenden, por lo tanto, las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos que no puedan ser tipificadas de acuerdo con los tipos anteriores, de ahí que tenga un cierto carácter residual y abierto. Según GIL⁴, se definen como los atentados contra bienes jurídicos individualizados cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de *facto*.

Hoy en día, la dogmática del Derecho Penal ha evolucionado lo suficiente como para establecer estos tipos, con sus respectivos objetos jurídicos protegidos distintos y, en fin, toda una teoría que permite esta visión cuatripartita. Sin embargo, como logro jurídico, ha sido reciente. En las líneas que siguen veremos cómo desde el origen de los primeros delitos internacionales (o al menos de las primeras incriminaciones que podrían tenerse como sus antecedentes) hasta el tiempo presente, no ha existido una distinción clara entre los tipos. Además, aunque en la actualidad no sea así, se vincularon en sus primeras formulaciones al Derecho de la Guerra en general, al tiempo de guerra y al comportamiento exigible al militar en el ejercicio de su profesión, en especial en campaña. Con el paso de los años, estas tres primeras vinculaciones perderían el vigor original hasta casi desaparecer por completo en alguna de las formulaciones recientes.

Antes de tratar los tipos apuntados, es preciso establecer un marco de referencia previo, constituido por dos apartados: la regulación jurídica de la guerra y el comportamiento debido del militar en campaña.

II

MARCO DE REFERENCIA PREVIO

1.-Derecho y guerra

La prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales ha corrido paralela, en cuanto a su gestación, con la institucionalización y limitación del derecho a la guerra (*ius ad bellum*). No se pretende exponer este camino histórico en toda su profundidad. Cabe decir que ha sido largo y tortuoso, pues la Humanidad partió de la admisión natural de la guerra, pasó por su estudio filosófico y teológico y finalmente alcanzó la situación actual prohibición, en lo que FERNANDEZ FLORES ha llamado *ius contra bellum*:

...Una cuarta fase es la que, desde los comienzos del siglo actual, se prolonga hasta alcanzar el vigente sistema, en un proceso que intenta

4.-GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 151.

*pasar desde el iluminado "ius ad bellum" hasta lo más parecido a un "ius contra bellum", para lo cual parte de la distinción entre guerra legal y guerra ilegal.*⁵

Los instrumentos internacionales en las que se ha condenado la guerra en nuestro siglo han sido numerosas. Así, la Conferencia de la Haya de 1907, en su art. 1º del Convenio II establecía que...

...las Potencias Contratantes convienen en no recurrir a la fuerza armada para recobrar deudas contractuales reclamadas al Gobierno de un país por el Gobierno de otro país como debida a nacionales suyos.

Sin embargo, esta estipulación no podrá aplicarse cuando el Estado deudor rehuse o deje sin respuesta una proposición de arbitraje o, en caso de aceptación, haga imposible la celebración del compromiso o, después del arbitraje, deje de conformarse con la sentencia dictada.

Y el art. 1º del Convenio III prevenía otra limitación:

...Las Potencias signatarias reconocen que las hostilidades no deberán comenzar entre ellas, sin un aviso previo e inequívoco, que tendrá, sea la forma de una declaración de guerra motivada, sea un ultimátum con declaración de guerra convencional.

Los tratados internacionales con los que finalizó la Primera Guerra Mundial pretendieron establecer un primer esbozo de sistema de seguridad colectiva, el cual, viciado ya en su origen, fue inútil. Este sistema, que daría lugar a la primera organización moderna de la comunidad internacional, la *Sociedad de Naciones*, se basaba en los intentos jurídicos de regular, limitar y renunciar formalmente a la guerra como forma de comunicación política entre los pueblos. Así, en el preámbulo del *Pacto de la Sociedad de Naciones*, de 28 de junio de 1919, se lee lo siguiente:

*Las Altas Partes contratantes,
Considerando que para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizar la paz y seguridad, importa:
Aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra;
Mantener a la luz del día relaciones internacionales, fundadas sobre la justicia y el honor...*⁶

En este Pacto fundacional se encuentra una doctrina de las guerras lícitas e ilícitas, si bien planteada de forma dispersa y un tanto oculta. Entre las guerras prohibidas, y por tanto ilícitas, se cuentan las guerras de conquista (art. 10, en el que se comprenden *las agresiones contra la integridad territorial y la independencia política*), aquellas que en su origen se hayan desarrollado con incumplimiento de las normas procedimentales establecidas en el propio Pacto⁷; las que se emprendan contra un miembro de la Sociedad que se hubiera comprometido a cumplir de buena fe una sentencia dictada en resolución de una controversia internacional⁸ y, por último, las que se dirijan contra un miembro de la Sociedad que hubiera admitido con los Informes del Consejo de la Sociedad, relativos a cualquier controversia

5.-FERNÁNDEZ FLORES, José Luis, *Del Derecho de la Guerra*, Madrid: EME, 1982, p.141.

6.-DÍAZ BARRADO., Cástor M., *El uso de la fuerza en las Relaciones Internacionales*, Madrid: Ministerio de Defensa, 1989, p. 29 y sis.

7.-Art. 12.1: sometimiento a arbitraje, no inicio de las hostilidades hasta haber transcurrido tres meses desde los intentos de resolución pacífica de la controversia.

8.-Art. 13.4.

internacional⁹.

En esta línea política utópica se encuadra el *Tratado General de renuncia a la guerra*, también llamado *Pacto Briand-Kellog*, suscrito en París el 27 de agosto de 1929. Su tenor literal es el siguiente:

El Presidente de Reich alemán, el Presidente de los Estados Unidos de América, S.M. el Rey de los Belgas, el Presidente de la República Francesa, S.M. el Rey de la Gran Bretaña e Irlanda, y territorios allende los mares, Emperador de la Indias, S.M. el Rey de Italia, S.M. el Emperador del Japón, el Presidente de la República de Checoslovaquia;

Sintiendo profundamente el solemne deber que les incumbe de desarrollar el bienestar de la humanidad;

Persuadidos de haber llegado el momento de proceder a una franca renuncia a la guerra como instrumento de política nacional, a fin de que las relaciones pacíficas y amistosas que existen actualmente entre sus pueblos puedan ser perpetuadas;

Convencidos de que todos los cambios en sus relaciones mutuas sólo deben buscarse por procedimientos pacíficos y ser realizados en el orden y en la paz, y que toda Potencia signataria que en lo sucesivo tratase de desenvolver sus intereses nacionales recurriendo a la guerra deberá ser privada del beneficio del presente Tratado;

Esperando que, animados por su ejemplo, todas las demás naciones del mundo se unirán a estos humanitarios esfuerzos, y adheriéndose al presente Tratado desde su entrada en vigor, pondrán a sus pueblos en situación de aprovechar sus bienhechoras estipulaciones, uniendo así las naciones civilizadas del mundo en una renuncia común a la guerra como instrumento de su política nacional:

Han decidido concluir un Tratado y a este fin han designado sus respectivos Plenipotenciarios, los cuales, después de haberse comunicado sus poderes, reconocidos en buena y debida forma, han acordado los artículos siguientes:

Artículo 1º. Las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente en nombre de sus respectivos pueblos, que condenan recurrir a la guerra como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas.

*Art.2. Las Altas Partes Contratantes reconocen que el arreglo o lo solución de las diferencias o conflictos, sea el que fuere el origen o naturaleza de ellos, que pueda surgir entre las mismas, solo deberá buscarse por medios pacíficos...*¹⁰

De acuerdo con este Pacto, se deduce que al prohibirse la guerra como instrumento de política nacional, al menos dos *familias de guerras* podían considerarse amparadas en la legalidad, al no desarrollarse como instrumento de tal política. Son las guerra de legítima defensa y la acción común de la Sociedad de Naciones, prevista en el art. 17. 4 del pacto, que establecía lo siguiente:

...Si las partes invitadas rehusaren aceptar las obligaciones de Miembro de la Sociedad a los efectos de resolver la controversia, el Consejo podrá

9.-Art. 15.6.

10.-DÍAZ BARRADO., Cástor M., *El uso de la fuerza en las Relaciones Internacionales*, op. cit. p. 68.

*tomar toda clase de medidas y formular cualesquiera proposiciones encaminadas a evitar las hostilidades y a conseguir la solución del conflicto.*¹¹

Como ha señalado FERNANDEZ FLORES¹², esta puerta abierta permitía a numerosas guerras el paso franco a la legalidad. En un principio, la legítima defensa no se incluyó en el tratado, porque se estimó derecho natural y por tanto inherente las naciones en cuanto tales. Sin embargo KELLOG, responsable de exteriores norteamericano, en el Senado de su país alegó una mayor interpretación de este principio de legítima defensa tácito del Pacto, de tal forma que a su entender comprendía en realidad la *defensa de derechos*, con lo cual sus límites se ampliaban tanto que prácticamente el principio dejaba de existir. El propio KELSEN admitió esta posibilidad, refrendando intelectualmente la opinión de KELLOG. Se sancionaba así, por otra parte, como legal la intervención en otros países en defensa de tales *propios derechos*. A mayor abundamiento, existían extramuros del Pacto numerosas guerras a las que su contenido normativo no podía aplicarse, puesto que sólo vinculaba a sus firmantes, los cuales, por ser apenas ocho, no ostentaban ninguna representación de la comunidad internacional en ningún sentido. Toda guerra que estallase entre países no firmantes entre sí o contra alguno de ellos, quedaba al margen del Pacto. Según FERNANDEZ FLORES, padecía graves defectos que hacía de su motor político una idea pueril¹³.

La doctrina de la legalidad o ilegalidad de la guerra fue lógicamente retomada por las Naciones Unidas. De acuerdo con la Carta, se consideraron guerras lícitas aquellas realizadas en ejercicio del derecho a la legítima defensa y aquellas otras declaradas como consecuencia de una acción conjunta internacional, dirigida bajo el patrocinio de las propias Naciones Unidas. A la legítima defensa se añadió la emancipación o *liberación colonial* como consecuencia de la Resolución 1514 (XV). Este principio de legítima defensa se recoge en el art. 51 de la Carta, cuyo tenor literal es el siguiente:

...Ninguna disposición de la Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa, serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo, conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Esta norma ha sido desarrollada en el Derecho Interno de las Naciones Unidas con extensión. Así, se enumeran los siguientes ejemplos:

- Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia, adoptada en la

11.-Ibid., p. 35.

12.-FERNÁNDEZ FLORES, José Luis, *Del Derecho de la Guerra*, op. cit., p. 145.

13.-Ibid.

Resolución 2131, de 24 de diciembre de 1965.

- Resolución 2160 (XXI), en la que se contiene la observancia estricta de la prohibición de recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza en las relaciones internacionales y del derecho de los pueblos a la libre determinación, de 30 de noviembre de 1966.
- Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, por la que se obligaba a los Estados a abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones, cuando tal uso atentaba contra la independencia o la integridad territorial de otros Estados.
- Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados, aprobada en la Resolución 36/103, de 9 de diciembre de 1981.
- Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales, adoptada en la Resolución 42/22, de 17 de marzo de 1988.

2.-El comportamiento debido en campaña

A lo anterior hay que sumar la existencia de unas normas deontológicas comunes en las Fuerzas Armadas occidentales: cierto espíritu, que en Europa ha formado un código ético de comportamiento militar generalmente extendido, que obligaba al soldado a combatir de tal forma que fuera siempre *honorable* y *civilizado*¹⁴. No olvidemos que los dos últimos siglos han dibujado gracias a VIGNY, PSICARI, ALARCON, BARADO, WREN, D'AMICIS, KIPLING, REMARKE, LARTEGUY e incluso PEREZ REVERTE, un Ejército occidental, cuyo modelo se ha extendido a la comunidad internacional, intemporal, abstracto, poseedor de unas virtudes comunes, que vive bajo los mismos principios, con independencia de la patria a la que sirve, contenidos en ese código propio, a veces incomprensible para el profano, estéticamente muy hermoso y cuyos antecedentes encuentran en las *leyes de la caballería*. A pesar de existir este código, fue preciso que transcurrieran varios siglos antes de que se sentaran las bases para la incriminación de individuos por crímenes de guerra, considerados como violaciones graves al Derecho aplicable en los conflictos armados internacionales. En España, los primeros atisbos sobre la regulación de estas materias se contienen en los Fueros medievales de la Reconquista, en las *Leyes de Indias*, dictadas para regular las relaciones de los conquistadores (militares), en relación con la población indígena de América, y en los *Bandos* dictados en el siglo XVI por los Capitanes Generales en las campañas de Italia y Flandes, citados por QUATREFAGES¹⁵ y PARKER¹⁶. También destacan

14.-En los preámbulos de los instrumentos de Derecho Humanitario del siglo XIX hay muchas referencias a las restricciones exigidas en la guerra por la civilización, como la Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra: *Considerando que los progresos de la civilización deben tener por efecto mitigar lo que sea posible las calamidades de la guerra...*; o el Convenio II de La Haya de 1899 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre: *Animados del deseo de servir... los intereses de la humanidad y las siempre crecientes exigencias de la civilización...*

15.-QUATREFAGES, René, *Los Tercios*, Madrid: Ediciones Ejército, 1983.

16.-PARKER, Geoffrey, *El ejército de Flandes y el Camino Español, 1567-1659*, Madrid: Alianza, 1991.

varias ordenanzas españolas en las que se abordan estos temas, como por ejemplo, las siguientes:

- Ordenanza de 13 de mayo de 1587, dada por Alejandro de Farnesio¹⁷, conocida como *Primera de Flandes*.
- *Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701, que llaman de Flandes*¹⁸ (*segunda de Flandes*, para distinguirla de la anterior).
- *Ordenanzas de Carlos III, de 22 de octubre de 1768, tituladas Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*¹⁹.

Las colecciones de PORTUGUÉS²⁰, COLÓN DE LARRIÁTEGUI²¹, VALLECILLO²² o BACARDÍ²³ contienen éstas y otras normas semejantes, en las que ya se hace referencia al comportamiento que debía someterse el militar español en relación con la población civil de territorio ocupado, con el enemigo, el respeto a los heridos y prisioneros, etc. Sin embargo, hasta la guerra civil norteamericana (1861-1865), no aparecerá una norma jurídica en sentido estricto, pública, de aplicación general, coactiva y sancionadora en la que se regule ordenadamente estas materias. Como consecuencia de la crueldad de los encuentros y batallas de la guerra, LINCOLN promulgó el 24 de abril de 1863 su famoso *Código Lieber*²⁴, contenido en sus *Instrucciones del Gobierno para el Ejército en Campaña*. Este texto, preparado por FRANCIS LIEBER, profesor de Derecho en el *Columbia College* de Nueva York²⁵, y revisado por un consejo de oficiales, constituye el primer intento moderno de codificar las leyes de la guerra. El texto fue usado como base principal para elaborar los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, que influyeron, a su vez, en textos ulteriores.

La importancia de considerar la guerra como una actividad lícita en esa época, queda reflejada en el artículo 67 del *Código Lieber*, según el cual el Derecho de Gentes permite que cada Estado haga la guerra contra otro Estado y, por lo tanto, no admite normas o leyes diferentes de las de la guerra regular:

17.-Museo Naval de Madrid, S. 11611.

18.-PORTUGUÉS Y MORENTE, José Antonio, *Colección General de Ordenanzas Militares de España desde 1551 hasta 1758*, Madrid: 10 tomos, 1746-65.

19.-VALLECILLO, Antonio, *Ordenanzas de S.M. para el Régimen Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos ilustradas por artículos con las Reales Ordenes expedidas hasta la fecha de esta edición*, Madrid: Imprenta de los Señores Andrés y Díaz, Plazuela del Duque de Alba nº 4, 3 ts., 1850.

20.-PORTUGUÉS Y MORENTE, José Antonio, *Colección General de Ordenanzas Militares de España...*, op. cit.

21.-COLÓN DE LARRIÁTEGUI Y XIMENEZ DE EMBUN, Félix, *Juzgados Militares de España*. Viuda de Ibarra, hijos y Cía. Madrid, 1788.

22.-VALLECILLO, Antonio, *Ordenanzas de S.M. para el Régimen Disciplina, Subordinación ...*, op. cit; y del mismo autor, *Legislación Militar de España Antigua y Moderna, recogida, ordenada y recopilada por D. Antonio Vallecillo*. Madrid, Establecimiento tipográfico de T. Fortanet. 13 Tomos. Año 1853.

23.--BACARDÍ, Alejandro de, *Nuevo Colón o Tratado del Derecho Militar de España y sus Yndias*, Barcelona: Imprenta de Narciso Ramírez, 1858; y del mismo autor, *Diccionario de Legislación Militar*, Barcelona: Imprenta de Sucesores de Narciso Ramírez y Cía., 1885.

24.-Cf. *Instructions for the Government of Armies in the Field*, 24 de abril de 1863, preparadas por Francis Lieber durante la Guerra Civil Norteamericana y promulgadas por el presidente Lincoln como Órdenes Generales nº 100. Cf. SCHINDLER y TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, Ginebra: Instituto Henry Dunant, 1988. El contenido del Código Lieber, cuyo título completo y original es *Instructions for the Government of Armies in the Field, prepared by Francis Lieber, promulgated as General Orders No.100 by President Lincoln, 24 April 1863*, se puede consultar en Internet, en la *página web* siguiente: <http://www.commonlaw.com/Lieber.html>.

25.-Cf. SAMSON, Steven Alan, *Francis Lieber on the Sources of Civil Liberty*, <http://www.nhumanities.org/samson.htm>.

Art. 67. The law of nations allows every sovereign government to make war upon another sovereign state, and, therefore, admits of no rules or laws different from those of regular warfare, regarding the treatment of prisoners of war, although they may belong to the army of a government which the captor may consider as a wanton and unjust assailant.

La ley se basaba, pues, en lo que se juzgaba necesario para vencer al enemigo y prohibía lo que se consideraba una crueldad innecesaria: la *necesidad militar*, tal como la entienden las naciones *modernas y civilizadas*, consiste en tomar las medidas indispensables para garantizar el final de la guerra, y que son legítimas de conformidad con el Derecho y los usos de la guerra:

Art. 14. Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war.

Reconocía, ya en el siglo pasado, la ilicitud de los comportamientos bélicos encaminados a producir un daño, por su empleo, superior a los inherentes a la propia guerra. Esta afirmación es el contenido básico de la doctrina de los *males superfluos* o *innecesarios*. La necesidad alegada por los Estados de no disminuir su potencia militar tiene como consecuencia que la prohibición o la limitación del empleo de ciertas armas o de ciertas formas de combatir sólo puede aceptarse de acuerdo con los imperativos militares. Sin embargo, éstos deben tener límites, ya expresados en el preámbulo de la *Declaración de San Petersburgo* de 1868, por lo que respecta a la prohibición del empleo de ciertos proyectiles en tiempo de guerra:

2) *El único objetivo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo;*

3) *A este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres;*

4) *Este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas, que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate o haría su muerte inevitable;*

5) *El empleo de armas semejantes sería contrario, por lo tanto, a las leyes de la humanidad.*

Las normas que limitan los métodos de guerra giran en torno a tres ejes: la apreciación de la situación, la conducción del combate y del control de la ejecución de las órdenes. Estas limitaciones son necesarias, a fin de evitar daños a la población y a los bienes civiles, que serían excesivos con respecto a la posible ventaja militar obtenida mediante su uso. Ahora bien, ¿qué se entiende por tales males o daños innecesarios? Según VERRI²⁶, la expresión *males superfluos* se refiere a los efectos de los medios de combate que agravan inútilmente los sufrimientos de militares o civiles, que se vean afectados por las hostilidades. El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, en su art. 35, recoge y positiviza este principio general:

2. *Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos*

26.-VERRI, Pietro, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, voz *males superfluos*; en Internet, <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/>.

de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

Para VERRÍ²⁷, la doctrina de los males superfluos se relaciona directamente con otro concepto, los *métodos de guerra*. Este término designa los procedimientos tácticos o estratégicos utilizados, en la conducción de las hostilidades, para vencer al adversario empleando, sobre la base de informaciones que sobre él se obtengan, los efectos de las armas, combinados con el movimiento y la sorpresa. Por lo que atañe a métodos (y a medios) de combate, en el Derecho Internacional se aprueban los principios siguientes:

- El único objetivo legítimo de la guerra es debilitar las fuerzas armadas adversarias. Con este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de combatientes enemigos.
- La elección de los métodos (y medios) de guerra no es ilimitada.
- Está prohibido el empleo de métodos (y medios) de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.
- Cuando se estudien, se desarrollen, se adquieran o se adopten nuevos métodos (o medios) de guerra se deberá determinar si no está prohibido su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias.

Entre los métodos de guerra prohibidos pueden citarse los siguientes: los que recurren a la perfidia, al terror, a hacer padecer hambre, las represalias contra objetivos no militares, los ataques indiscriminados; los destinados a causar daños al medio ambiente natural, a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; los que violan la prohibición de ordenar que *no se dé cuartel*; el pillaje; la toma de rehenes; los métodos que aprovechan la presencia o los movimientos de la población para favorecer la conducción de las hostilidades; el uso indebido de signos de protección internacionales, el ataque contra personas fuera de combate o las que se lanzan en paracaídas de una aeronave en peligro.

Todo lo dicho nos lleva a su vez a otro concepto internacional: la *cláusula Martens*, que suma a las limitaciones anteriores la necesidad de proteger a la población civil involucrada en una guerra o conflicto de acuerdo con ciertas normas morales: las *leyes de la humanidad* y la *conciencia pública*. El tratado más importante en que se reafirma esta idea es el *Reglamento de La Haya* de 1907. Los Tribunales de Nuremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda lo reconocieron en sus textos fundacionales y en su jurisprudencia como norma una consuetudinaria fundamental de Derecho de la Guerra, al igual que la Corte Internacional de Justicia. La *cláusula Martens* forma parte del Derecho de los Conflictos Armados desde que apareciera, por primera vez, en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Tiene el siguiente tenor:

...Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes

27.-Ibid, voz *métodos de guerra*.

*preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública*²⁸

La cláusula se basa en una declaración del diplomático von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899²⁹. Martens añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre el estatuto de las personas civiles que portan armas contra una fuerza ocupante. La opinión más extendida entre las grandes potencias pugnaba por considerar estas personas como *francotiradores*, por lo que, en el caso de combatir a las citadas fuerzas ocupantes, podían ser condenados a muerte. Los Estados más débiles sostenían que debía considerárselas como combatientes legítimos³⁰. Aunque, en un principio, fue redactada para resolver este problema, se interpretaría luego según distintas versiones similares en tratados posteriores³¹. Se debe tener presente que su importancia se deriva de la diversa concepción que se dé al Derecho Internacional. La filosofía dominante del Derecho Internacional es positivista. Las relaciones de la comunidad internacional se regulan mediante una combinación de Derecho convencional y de costumbres. Por lo que al Derecho de los Conflictos Armados se refiere, este hecho tiene importantes repercusiones. Rehusando la ratificación de tratados o consintiendo el desarrollo de las correspondientes costumbres, los Estados militarmente poderosos pueden controlar su contenido y alcance. Los Estados más débiles se ven ante la imposibilidad de prohibir cierto tipo de tecnología que poseen los Estados militarmente poderosos. Pueden aprobar Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que desapruében ciertos comportamientos bélicos, pero dichas Resoluciones pueden no ser más que una declaración sin contenido si no pueden aplicarse o ejecutarse sin el consenso de los Cinco Grandes. La *cláusula Martens* sirve de vínculo entre las normas positivas y el Derecho Natural, pero uno de los motivos de su abandono, en la arena internacional, fue precisamente el ejercicio del poder, sin ningún contrapeso, por las Grandes Potencias. No obstante, en la cláusula se prevé un medio objetivo para definir el Derecho Natural: *los dictados de la conciencia pública*. Esto enriquece, en gran medida, el Derecho de los Conflictos Armados y permite que todos los Estados participen en su desarrollo, aun contando con la oposición de los Estados militarmente poderosos.

El principio general contenido en ella se positivizó, como ya hemos visto, en el *Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo* de 1868, pero sólo se formuló en 1899 en el *Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al Convenio de La Haya*³². El tratado más relevante del Derecho Humanitario contemporáneo en el que se ha positivizado esta costumbre es el Protocolo I de

28.-Ibid, voz *Martens*.

29.-Cf. PUSTOGAROV, V., "Fiódor Fiódorovich Martens (1845-1909): humanista de los tiempos modernos", *RICR*, nº 135, (mayo-junio de 1996), p. 324 y sis.

30.-KALSHOVEN, F., *Constraints on the Waging of War*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987, p. 14.

31.-Preámbulo, (IV) Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra (CG I: art. 63; CG II: art. 62; CG III: art. 142; CG IV: art. 158); Protocolo Adicional I de 1977, art. 1(2); y Protocolo Adicional II de 1977, Preámbulo.

32.-En la versión española de este Reglamento, así como en la versión revisada de 1907, la expresión *maux superflus* se tradujo por *males superfluos*. Desde 1977, se han adoptado los términos *males superfluos* o *sufrimientos innecesarios*, por considerarse más apropiada.

1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. La protección que proporciona se relaciona directamente con otro principio general internacional: la prohibición de los *males innecesarios o superfluos*, a la que ya hemos aludido. El problema que plantea esta cláusula es la carencia de una integración comúnmente aceptada por la comunidad internacional. Por ello, es objeto de diversas interpretaciones, tanto estrictas como amplias. Según la más restrictiva, la costumbre sigue siendo aplicable tras la aprobación de una norma convencional³³. Una interpretación más amplia sostiene que, habida cuenta de que son pocos los tratados internacionales que regulan el comportamiento de los combatientes, mediante esta cláusula se estipula que todo aquel comportamiento bélico que no está explícitamente prohibido por un tratado no está permitido ipso facto³⁴. La interpretación más amplia de todas mantiene que la conducta en los conflictos armados no sólo se juzga sobre la base de tratados y de la costumbre, sino también de los principios generales del Derecho Internacional a los que se refiere la cláusula.

Hemos visto que, de acuerdo con ella *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*. Civiles y militares no deben someterse ni padecer los efectos de aquellas *armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios* (art. 35 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra). Ahora bien, ¿cuándo se producen tales daños? La cuestión de saber si los efectos de un arma pueden ser calificados como superfluos o innecesarios, por lo que respecta a la víctima, se ha limitado, hasta ahora, a la reacción emocional o al argumento filosófico. Nunca ha habido un medio objetivo para interpretar qué se entiende por daños *superfluos o sufrimientos innecesarios*; y, aunque los tratados y la doctrina han calificado algunas armas como *abominables* o *inhumanas*, tampoco se han aquilatado estos términos. Ante esta indefinición, como paso previo, sería preciso determinar, comprender y medir la lesiones que causa un sistema de armas concreto, para establecer si los sufrimientos que impone mediante su uso son adecuados a los objetivos de la guerra, y por tanto pueden soportarse, o si por el contrario, no aportan a la lucha más que una crueldad que no redundaba en beneficio de la conducción de las hostilidades. Veamos un ejemplo. En el caso de las armas convencionales o clásicas de fuego, se utilizan proyectiles o se recurre a explosiones; por la energía cinética que despiden, causan, como una función de su finalidad, una herida corporal, pero no previsiblemente en una parte determinada del cuerpo. Están bien determinados los requisitos para el tratamiento de dichas heridas. El CICR dispone de una base de datos relativos a 26.636 heridos de guerra hospitalizados, que ha analizado y relacionado estadísticamente. Los parámetros para medir dichos efectos colectivos incluyen los siguientes *items*:

33.-GREENWOOD, G., *Historical Development and Legal Basis*, en FLECK, Dieter *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford/Nueva York: Oxford University Press, 1995, p. 28.

34.-SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., y ZIMMERMANN, B., *Comentarios a los Protocolos Adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Buenos Aires: Escuela de Comando, 1989; y SINGH, N., y McWHINNEY, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989, ps. 46 y 47.

- -Proporción de heridas grandes
- -Mortalidad.
- -Proporción relativa de heridas centrales y en los miembros.
- -Duración de la hospitalización.
- -Número de operaciones requeridas.
- -Necesidad de transfusión de sangre.
- -Amplitud de la incapacidad grave y permanente de los supervivientes.

Un estudio estadístico cruzado permitiría establecer cuáles son los daños ordinarios que produce un sistema de armas, los colaterales, los previsibles, el correspondiente índice de mortandad, etc. De todo lo anterior se deduciría si produce o no tales males innecesarios. ¿Se han tenido en cuenta estas consideraciones a lo largo de la Historia? No, en parte por el estado de evolución de la ciencia médica. El primer tratado internacional en que se hace referencia a la finalidad de las armas es la *Declaración de San Petersburgo* de 1968, por el que se prohíben, tras propuesta del zar de Rusia, las balas que explotan al contacto con el cuerpo humano. En esta norma no se hace ninguna referencia a estudios o investigaciones sobre el efecto de tales proyectiles, sino que se prohíben *por inhumanos*, sin más consideraciones. Tratados de contenido similar son la *Declaración de La Haya* de 1899, por la que se prohíbe el empleo de las *balas dum-dum*; el *Protocolo de Ginebra* de 1925, por el que se prohíbe el empleo de *armas químicas o biológicas*; la *Convención sobre Armas Biológicas* de 1972 y la *Convención sobre Armas Químicas* de 1993, que recogió otra norma consuetudinaria: el uso del veneno o de las armas envenenadas está secularmente prohibido. La aprobación de estos tratados no se fundamentó en un análisis objetivo de los sufrimientos causados por las armas en cuestión; estos medios de guerra fueron tachados simplemente de *abominables o inhumanos a priori*.

Las calificaciones vistas, *abominables o inhumanos*, al carecer de un correlato científico que determinara, en escalas mensurables, su contenido exacto, hacía difícil su aplicación a las armas existentes y más difícil aún a las armas en desarrollo. Dados los diferentes efectos que los sistemas de armas, a lo largo de la historia, para un potencial empleo militar, surten en el cuerpo humano y dado que no causan necesariamente daños por medios físicos (transferencia de energía cinética), es esencial crear una *escala de valoración de males y sufrimientos*, para evaluar los efectos de las armas. No es un trabajo sencillo: veamos un ejemplo. En 1899, las *balas dum-dum* que, por tener una punta de plomo al descubierto, se ensanchan al contacto con el cuerpo humano, fueron prohibidas por consideraciones morales, dadas las grandes heridas que causan. Pero la tecnología puede permitir burlar el Derecho, por ejemplo, imprimiendo mayor velocidad a las *balas lícitas*, lo que aumenta, por consiguiente, su potencial para causar también grandes heridas.

En este siglo se han realizado muchos estudios balísticos con relación a las heridas, estudios que han dado pábulo a debates jurídicos sobre la estructura de las balas. Si, para evaluar el daño corporal, se utilizaran como base los efectos que surten las armas pequeñas en la salud, que pueden medirse mediante una clasificación clínica de heridas³⁵ o ser simulados en laboratorio³⁶, el Derecho Internacional por el que se rigen los medios y los métodos de combate no se estancaría en especificaciones técnicas sobre la estructura de las balas. Científicos, fabricantes, juristas, militares y cirujanos tendrían un punto de referencia común. El único éxito total al respecto lo ofrece el nuevo Protocolo de 1995, anexo a la Convención de las Naciones Unidas de 10 de octubre de 1980 sobre *Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados*, por el que se prohíbe el empleo de *armas láser* específicamente concebidas para causar ceguera³⁷. Este tratado impone la limitación de un arma antes de que se hayan podido comprobar sus efectos en el campo de batalla. Sin embargo, se han desarrollado otras *municiones ópticas* que se podrían emplear específicamente para causar ceguera en la guerra³⁸. Aunque estos ejemplos muestran que la nivel político existe un consenso en la necesidad de limitación de los métodos y los medios de hacer la guerra, la prohibición de las *balas dum-dum* y de las *armas láser cegadoras* pone de manifiesto una deficiencia en esta parte del Derecho Internacional. En ambos casos, lo que se ha prohibido es la *tecnología del arma*, y no sus efectos *previsibles* en el ser humano, cuando debería ser cabalmente al revés. En 1899 habrían debido prohibirse las balas que causan grandes heridas y, en 1995, el hecho de causar ceguera intencionalmente, pero no un arma en concreto, ya que el progreso industrial hace que ese arma pronto quede obsoleta y la prohibición, inútil. Si el objetivo del Derecho Internacional, en relación con la finalidad de las armas, es evitar efectos adversos o excesivos en la salud, no basta prohibir el empleo de ciertos materiales o tecnologías.

Una de las principales conclusiones a las que se llegó en el simposio *La profesión médica y los efectos de las armas*, organizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el mes de marzo de 1996 en Montreux (Suiza), fue que era absolutamente preciso determinar, de modo objetivo, qué armas son *abominables* y qué armas causan *males superfluos o sufrimientos innecesarios*³⁹. Sobre esta base se redactó, por un grupo de especialistas, el documento *Proyecto SIrUS, para determinar qué armas causan "males superfluos o sufrimientos innecesarios"*⁴⁰, para

35.-SAVIC, J., CERNAK, I., JEVTIC, M., TODORIC, M. "Glucose as an adjunct triage tool to the Red Cross wound classification", *J Trauma*: 1996.

36.-KNEUBUEHL, B.P. *Small caliber weapon systems*, en *Expert meeting on certain weapon systems and on implementation mechanisms in international law*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1994.

37.-DOSWALD-BECK, L., *Armas que causan ceguera*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1994; y "Weapons intended to blind", *Lancet*, 1994, nº 344.

38.-*Non Lethal Weapons: Emerging Requirements for Security Strategy*, Washington DC: The Institute for Foreign Policy Analysis, 1996; LEWER, N.; y SCHOFIELD, S. *Non-lethal weapons: a fatal attraction?* Londres: Zed Books, 1997.

39.-COUPLAND, R. M., "The effects of weapons: defining superfluous injury and unnecessary suffering", *Medicine and Global Survival*, 1996.

40.-COUPLAND, R.M., *Proyecto SIrUS: Para determinar qué armas causan "males superfluos o sufrimientos innecesarios"*, Ginebra: CICR, 1998.

situar, objetiva y comprensiblemente, tales conceptos, sobre análisis estadísticos⁴¹. Fue puesto en conocimiento de la opinión pública el 1 de abril de 1998 y puede considerarse la primera aproximación científica a la integración del concepto.

III

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS INTERNACIONALES

1.-La confusión original

En las primeras normas en que se tipificaron acciones próximas a lo que entendemos hoy en día como delito internacional, entraban en consideración factores religiosos (*las Leyes de Dios*) y morales (*la caballerosidad debida entre soldados*⁴²) que dificultaban su consideración autónoma. Además, se tendía a relacionar estas acciones con el tiempo de guerra y las leyes, no escritas, hasta el siglo pasado, que debían presidir el comportamiento bélico. Si sumamos a todo ello la escasa evolución de la Ciencia Penal, comprenderemos el título de este apartado.

La limitación personal al militar *bárbaro* y la constante alusión a principios éticos metajurídicos eran, sin duda, las dos características principales de los primeros antecedentes de las incriminaciones que estudiamos. Ya en el *Estatuto para el Gobierno del Ejército*, publicado en 1386 por el rey Ricardo II de Inglaterra, se establecían límites para la conducción de hostilidades y se prohibían, so pena de muerte, los actos de violencia contra mujeres y sacerdotes desarmados, el incendio de casas y la profanación de iglesias. En los códigos promulgados por Fernando de Hungría en 1526, por el Emperador Maximiliano II en 1570 (artículos 8 y 9) y por Gustavo II de Suecia en 1621 se estipulaban disposiciones de esta misma naturaleza⁴³. El artículo 100 de los *Artículos de Guerra* decretados por Gustavo II disponían que ningún hombre debía *ejercer la tiranía sobre ningún clérigo o anciano, hombres o mujeres, doncellas o niños*. A pesar de estas declaraciones, no obstante,

41.-Una de las primeras objeciones que se pueden realizar al *Proyecto SIRUS* es, precisamente, la fiabilidad de tales datos. Se ha destacado, no obstante, que proceden de las más grandes bases existentes acerca de los heridos de guerra y, dada la claridad de algunas tendencias, nada agregaría al mensaje general someterlas a un riguroso análisis estadístico, que, además, podría incluso confundir al lector no familiarizado con estadísticas biomédicas. Cf. COUPLAND, R.M., *Proyecto SIRUS: Para determinar qué armas causan "males superfluos o sufrimientos innecesarios"*, op. cit.

42.-Como ejemplo histórico de esta caballerosidad que comentamos, podemos citar un suceso acaecido en el siglo XVIII. El combate del jabeque *Africa*, el mando del Teniente de Navío D. José Salcedo, contra una corbeta y un navío ingleses, como entretenimiento para que un convoy español arribara a Fuengirola (cosa que consiguió) motivó una curiosa solicitud caballeresca por parte del Almirante Collingwood al Teniente General Mazarredo, superior de Salcedo. Tras reñido combate, quedó el Oficial español herido y prisionero de los ingleses, cuyo Almirante solicitó una recompensa al mando español por el valor demostrado por Salcedo:

...Por tanto, conjuro a V.E. para que haga presente esta meritoria conducta al Rey de España, con mi humilde suplica de que Su Majestad se digne agradecer con alguna señal de su Real consideración a los muertos y recompensar al distinguido valor del valiente Salcedo, que les sobrevive.

Los ingleses le prestaron auxilio médico y, una vez recuperado, fue puesto en libertad. La Real Orden de 18 de marzo de 1799 calificó de *mérito sobresaliente* esta acción, se ascendió a Salcedo, se concedieron pensiones a las viudas y se estableció una medalla con el busto del Rey y una cinta, de la que se desconocen la forma y los colores. GUILLÉN la supone con la imagen de Carlos IV y la leyenda *AL MERITO*. Cf. GUILLÉN TATO, Julio F., *Historia de las condecoraciones marinerías: cruces, medallas y escudos de distinción*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Histórico de la Marina, 1958, p. 30; también FERNANDEZ DURO, Cesáreo, *Armada Española*, Madrid: 1902, tomo VIII, p. 175.

43.-SCHWARZENBERG, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Vol. II: The Law of Armed Conflicts*, Londres: Stevens, 1968, p. 15; ÖGREN, K. "El Derecho Humanitario en los Artículos de Guerra decretados en 1621 por el Rey Gustavo Adolfo II de Suecia", *RICR*, nº 136 (julio-agosto de 1996), p. 472.

la guerra en esta época era bárbara y cruel. Así, nos podemos encontrar con el saqueo de Roma por las fuerzas imperiales de Carlos I de España o la Guerra de los Treinta Años, en la que Centroeuropa fue asolada a sangre y fuego. Las primeras guerras de religión han sido consideradas, con todo rigor, como la primera forma de enfrentamiento total que predicarían CLAUSEWITZ y MOLTKE siglos después.

En cuanto al primer proceso por crímenes de esta naturaleza, del que parece han quedado rastros documentales, es el del *landvogt* (*prevoste*, es decir, gobernador) Peter von Hagenbach, incoado en 1474⁴⁴. Ya en ese caso, como durante y después del Proceso de Nuremberg, el castigo del acusado giraba en torno a la cuestión de la obediencia debida⁴⁵. Carlos *el Temerario*, Duque de Borgoña (1433-1477), conocido por sus enemigos como *Carlos el Terrible*, había nombrado al *landvogt* Peter Von Hagenbach comandante de la plaza fuerte de Breisach, en el Alto Rin. La guerra se extendía, como una epidemia, por centroeuropa: el Imperio se veía sacudido por los enfrentamientos entre Matías Corvino, señor de Hungría, Ladislado de Polonia, los *ultraquistas*, los *laboristas*, los *valdenses*, los turcos y los cantones suizos. El gobernador, siguiendo con excesivo celo las instrucciones de su señor, instauró un régimen de arbitrariedad, brutalidad y terror a fin de reducir la población civil de la citada ciudad al sometimiento total. Los homicidios, las violaciones, la imposición ilegal de impuestos y la confiscación arbitraria de la propiedad privada fueron prácticas generalizadas. Todos estos actos se cometían también contra los habitantes de los territorios vecinos, y afectaban igualmente a los mercaderes suizos en su camino hacia la feria de Francfort. Una coalición, formada por Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin, puso fin a las ambiciosas metas del poderoso Duque, que soñaba con la corona imperial. El sitio de Breisach, la rebelión de los lansquenets del *landvogt* Peter von Hagenbach y de los ciudadanos de la ciudad acarrearón la derrota del tirano, preludio de la muerte de Carlos en la Batalla de Nancy (1477). Ya un año antes de la muerte de Carlos, el Archiduque de Austria, bajo cuya autoridad se capturó a Hagenbach, había ordenado el proceso del sanguinario gobernador. En vez de remitir el caso a un tribunal ordinario, se instauró una corte *ad hoc*, conformada por 28 jueces de la coalición aliada de Estados y ciudades. En su calidad de soberano de la ciudad de Breisach, el Archiduque de Austria designó al juez que presidiría el tribunal. Habida cuenta de la situación de Europa por aquella época, el Sacro Imperio Romano se había desintegrado a tal punto que las relaciones entre sus diferentes entes habían adquirido un carácter propiamente internacional, y Suiza se había independizado, aunque todavía no se había reconocido oficialmente, por lo que cabe concluir que el tribunal fue una verdadera corte internacional⁴⁶.

En el proceso, un representante del Archiduque, que ejercía la acción pública, declaró que von Hagenbach había *pisoteado las leyes de Dios y del hombre*. Más precisamente, al acusado se le formulaban cargos por homicidio, violación, perjurio,

44.-Ibid.

45.-DINSTEIN, Y., *The Defence of "Obedience to Superior Orders" in International Law*, Leiden: OBC, 1965.

46.-De acuerdo con Schwarzenberger, en un marco de derecho cuasi-internacional, caracterizado porque las relaciones intersubjetivas se basan en un *estado de igualdad de facto en el que los entes manejan sus relaciones mutuas como si fueran sujetos de Derecho Internacional*, el Sacro Imperio se había desintegrado a tal punto que las relaciones entre sus miembros se manejaban en unas condiciones difíciles de diferenciar de las relaciones internacionales. Op. cit., p. 464.

y otros *malefacta*, entre los que se incluía el impartir órdenes a sus mercenarios de matar a los hombres en las casas donde se alojaban para que las mujeres y los niños quedaran a su merced. El argumento de la defensa, basado esencialmente en la obediencia debida, sostenía que von Hagenbach no reconocía *otro juez ni señor diferente al Duque de Borgoña*, cuyas órdenes no podía cuestionar. *¿No se sabe acaso que los soldados deben absoluta obediencia a sus superiores?*⁴⁷. Esta consideración básica fue subrayada por el hecho de que el mismo Duque había confirmado y ratificado, personalmente, *ex post factum*, que *todo se había hecho en su nombre*⁴⁸. Von Hagenbach solicitó un aplazamiento, para pedir al Duque que confirmara sus argumentos, pero el tribunal se negó a concedérselo, por considerar la solicitud contraria a las *leyes de Dios* y porque los crímenes cometidos por el acusado ya habían quedado plenamente establecidos. Así pues, el tribunal halló culpable al acusado y von Hagenbach, privado de su dignidad de caballero y de los privilegios que ésta le otorgaba, por haber cometido crímenes que tenía la obligación de prevenir, fue ejecutado el 9 de mayo de 1474⁴⁹.

Este caso es sumamente interesante por varias razones. En primer lugar, aunque la ciudad en cuestión no estaba en guerra, el Imperio, Estado al que pertenecía, sí lo estaba, Además, Breisach podía considerarse como un territorio ocupado. Incluso si es difícil clasificar estos actos como crímenes de guerra, pueden, no obstante, considerarse como manifestaciones tempranas de crímenes de lesa humanidad. Gracias a este ejemplo podemos apuntar los dos puntos básicos sobre los que se construirán las primeras aproximaciones a los delitos internacionales: la cuestión de la guerra justa y el comportamiento exigible a militares y autoridades en el ejercicio de la fuerza. De todo lo anterior se deducen dos conclusiones. La primera es que las restricciones a las actividades hostiles hay que buscarlas en el estudio de la culturas. Tienen su origen en valores religiosos y en el desarrollo de las concepciones militares. La medida en que estas costumbres se asemejan reviste especial interés y las similitudes suelen estar relacionadas tanto con el comportamiento que se espera de los combatientes entre ellos, como con la necesidad de respetar a los no combatientes⁵⁰. Los manuales tradicionales de Derecho Humanitario citan como sus fundamentos los principios de *necesidad militar, humanidad y caballeridad*⁵¹. Este último criterio parece fuera de lugar en el mundo moderno, pero es importante para comprender el origen y la índole del Derecho Humanitario.

La segunda conclusión es que el Derecho Humanitario se elaboró en un época en que el recurso a la fuerza no constituía un instrumento político ilícito, aunque debía interpretarse de acuerdo con los parámetros ideológicos del Cristianismo. De ahí la importancia que tuvo, para el desarrollo del Derecho en

47.-Ibid.

48.-Ibid.

49.-Cf. *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana*, Madrid/Barcelona/Bilbao: Espasa e hijos, 1925, tomo XXVII, p. 513, voz *Hagenbach* (Pedro de).

50.-Un estudio interesante sobre estas costumbres en distintas partes del mundo, se encuentra en la parte I del *International Dimensions of Humanitarian Law*, París: UNESCO, 1988.

51.-OPPENHEIM, L., *International Law, Volumen II, Disputes, War and Neutrality*, Londres: Longmans and Green, 1952, ps. 226-227.

Europa, la doctrina de la *guerra justa* de la Iglesia Católica⁵². Este estado de confusión se mantuvo hasta la aparición, durante de la Guerra de Secesión Americana el *Código Lieber*, ya mencionado, que contenía importantes novedades al respecto en diversos preceptos. Así, por ejemplo, dos normas básicas del Derecho Internacional Humanitario, a saber la protección de los civiles y el trato decoroso a los prisioneros de guerra, se contemplan en su texto. *No obstante, así como la civilización ha avanzado durante estos últimos siglos, también ha evolucionado constantemente -especialmente en la guerra terrestre- la distinción entre el ciudadano individual de un país hostil y el país hostil en sí, con sus hombres armados. Se reconoce cada vez más que se ha de respetar la vida, los bienes y el honor del civil desarmado en la medida en que lo permitan las exigencias de la guerra:*

Art. 22. Nevertheless, as civilization has advanced during the last centuries, so has likewise steadily advanced, especially in war on land, the distinction between the private individual belonging to a hostile country and the hostile country itself, with its men in arms. The principle has been more and more acknowledged that the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honor as much as the exigencies of war will admit.

La importancia del trato respetuoso a los prisioneros de guerra se explica como sigue:

Un prisionero de guerra no ha de sufrir castigo por ser un enemigo público ni ser objeto de venganza ni se le ha de infligir intencionadamente sufrimientos o penalidades, como un cruel cautiverio, privación de alimentos, mutilación, muerte o cualquier otra violencia:

Art. 56. A prisoner of war is subject to no punishment for being a public enemy, nor is any revenge wreaked upon him by the intentional infliction of any suffering, or disgrace, by cruel imprisonment, want of food, by mutilation, death, or any other barbarity.

Las leyes de la caballerosidad, a las que hemos aludido, aparecen también en el articulado. *Los hombres de honor, cuando son capturados, se abstendrán de dar al enemigo información concerniente a su propio ejército y el moderno Derecho de guerra ya no permite el uso de cualquier tipo de violencia contra los prisioneros, para obtener la información deseada o para castigarlos por haber dado falsa información:*

Art. 80. Honorable men, when captured, will abstain from giving to the enemy information concerning their own army, and the modern law of war permits no longer the use of any violence against prisoners in order to extort the desired information or to punish them for having given false information.

Con respecto a la protección de los hospitales, el *Código Lieber* estipula que *los beligerantes de honor solicitan con frecuencia que se señalen los hospitales situados en territorio enemigo, para que sean respetados; y también que se considera con justicia acto de mala fe, infame o perverso, el hecho de engañar al enemigo mediante banderas de protección...*

Art. 116. Honorable belligerents often request that the hospitals within the

52.-BAILEY, S., *Prohibitions and Restraints in War*, Londres: Oxford University Press, 1972.

territory of the enemy may be designated, so that they may be spared. An honorable belligerent allows himself to be guided by flags or signals of protection as much as the contingencies and the necessities of the fight will permit.

Art. 117. It is justly considered an act of bad faith, of infamy or fiendishness, to deceive the enemy by flags of protection. Such act of bad faith may be good cause for refusing to respect such flags.

En el capítulo relativo a los territorios ocupados se indican las acciones que puede emprender un ocupante con fines bélicos, en particular recaudar impuestos y medidas similares, pero se especifican muy claramente los tipos de atropellos que quedan prohibidos.

Toda violencia desenfrenada contra personas en el país invadido, toda destrucción de bienes no ordenada por el oficial autorizado, todo robo, pillaje o saqueo, incluso tras haber tomado un lugar por la fuerza, toda violación, heridas, mutilaciones o matanzas contra esos habitantes, quedan prohibidas con la pena de muerte u otro castigo que pueda ser adecuado a la gravedad del delito.

Un soldado, oficial o particular, que cometa semejantes actos de violencia y desobedezca al superior que le ordene abstenerse de ello podrá ser muerto legalmente in situ por ese superior.

Por último, en esta pequeña selección de artículos, habría que mencionar la advertencia a los Estados en cuanto al recurso a las represalias que entonces aún se consideraban, por lo general, ilícitas. *No se recurrirá a represalias como medida de pura venganza, sino como medio de justo castigo protector y de manera prudente y cuando es inevitable; es decir, se ha de recurrir a las represalias únicamente tras indagación pormenorizada de lo que realmente ocurrió y de la índole de los delitos que requieren un justo castigo. Las represalias injustas o desconsideradas alejan, a los beligerantes de las normas moderadoras de la guerra regular y los acercan, cada vez más rápidamente, a destructivas guerras de salvajes:*

Art. 28. Retaliation will, therefore, never be resorted to as a measure of mere revenge, but only as a means of protective retribution, and moreover, cautiously and unavoidably; that is to say, retaliation shall only be resorted to after careful inquiry into the real occurrence, and the character of the misdeeds that may demand retribution. Unjust or inconsiderate retaliation removes the belligerents farther and farther from the mitigating rules of regular war, and by rapid steps leads them nearer to the internecine wars of savages.

El *Código Lieber* era considerado en su época como el reflejo general de la costumbre internacional. Se empleó en la Conferencia de Bruselas de 1874 como base para el primer intento de codificación de estas costumbres. Aunque en esta conferencia no se logró suscribir ningún tratado, la declaración que aprobó era muy parecida a los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907. Estas reglamentaciones son mucho menos completas que el *Código Lieber* y, al igual que otros tratados posteriores, no incluyen una explicación explícita de sus normas. Su tenor literal es el siguiente:

**INSTRUCTIONS FOR THE GOVERNMENT OF
ARMIES OF THE UNITED STATES IN THE FIELD**

*Prepared by Francis Lieber, promulgated as General Orders No. 100 by President
Lincoln,*

24 April 1863.

SECTION I

Martial Law - Military jurisdiction - Military necessity - Retaliation

Article 1. A place, district, or country occupied by an enemy stands, in consequence of the occupation, under the Martial Law of the invading or occupying army, whether any proclamation declaring Martial Law, or any public warning to the inhabitants, has been issued or not. Martial Law is the immediate and direct effect and consequence of occupation or conquest. The presence of a hostile army proclaims its Martial Law.

Art. 2. Martial Law does not cease during the hostile occupation, except by special proclamation, ordered by the commander in chief; or by special mention in the treaty of peace concluding the war, when the occupation of a place or territory continues beyond the conclusion of peace as one of the conditions of the same.

Art. 3. Martial Law in a hostile country consists in the suspension, by the occupying military authority, of the criminal and civil law, and of the domestic administration and government in the occupied place or territory, and in the substitution of military rule and force for the same, as well as in the dictation of general laws, as far as military necessity requires this suspension, substitution, or dictation. The commander of the forces may proclaim that the administration of all civil and penal law shall continue either wholly or in part, as in times of peace, unless otherwise ordered by the military authority.

Art. 4. Martial Law is simply military authority exercised in accordance with the laws and usages of war. Military oppression is not Martial Law: it is the abuse of the power which that law confers. As Martial Law is executed by military force, it is incumbent upon those who administer it to be strictly guided by the principles of justice, honor, and humanity - virtues adorning a soldier even more than other men, for the very reason that he possesses the power of his arms against the unarmed.

Art. 5. Martial Law should be less stringent in places and countries fully occupied and fairly conquered. Much greater severity may be exercised in places or regions where actual hostilities exist, or are expected and must be prepared for. Its most complete sway is allowed - even in the commander's own country - when face to face with the enemy, because of the absolute necessities of the case, and of the paramount duty to defend the country against invasion. To save the country is paramount to all other considerations.

Art. 6. All civil and penal law shall continue to take its usual course in the enemy's places and territories under Martial Law, unless interrupted or stopped by order of the occupying military power; but all the functions of the hostile government - legislative executive, or administrative - whether of a general, provincial, or local character, cease under Martial Law, or continue only with the sanction, or, if deemed necessary, the participation of the occupier or invader.

Art. 7. Martial Law extends to property, and to persons, whether they are subjects of the enemy or aliens to that government.

Art. 8. Consuls, among American and European nations, are not diplomatic agents. Nevertheless, their offices and persons will be subjected to Martial Law in cases of urgent necessity only: their property and business are not exempted. Any delinquency they commit against the established military rule may be punished as in the case of any other inhabitant, and such punishment furnishes no reasonable ground for international complaint.

Art. 9. The functions of Ambassadors, Ministers, or other diplomatic agents accredited by neutral powers to the hostile government, cease, so far as regards the displaced government; but the conquering or occupying power usually recognizes them as temporarily accredited to itself.

Art. 10. Martial Law affects chiefly the police and collection of public revenue and taxes, whether imposed by the expelled government or by the invader, and refers mainly to the support and efficiency of the army, its safety, and the safety of its operations.

Art. 11. The law of war does not only disclaim all cruelty and bad faith concerning engagements concluded with the enemy during the war, but also the breaking of stipulations solemnly contracted by the belligerents in time of peace, and avowedly intended to remain in force in case of war between the contracting powers. It disclaims all extortions and other transactions for individual gain; all acts of private revenge, or connivance at such acts. Offenses to the contrary shall be severely punished, and especially so if committed by officers.

Art. 12. Whenever feasible, Martial Law is carried out in cases of individual offenders by Military Courts; but sentences of death shall be executed only with the approval of the chief executive, provided the urgency of the case does not require a speedier execution, and then only with the approval of the chief commander.

Art. 13. Military jurisdiction is of two kinds: First, that which is conferred and defined by statute; second, that which is derived from the common law of war. Military offenses under the statute law must be tried in the manner therein directed; but military offenses which do not come within the statute must be tried and punished under the common law of war. The character of the courts which exercise these

jurisdictions depends upon the local laws of each particular country. In the armies of the United States the first is exercised by courts-martial, while cases which do not come within the "Rules and Articles of War," or the jurisdiction conferred by statute on courts-martial, are tried by military commissions.

Art. 14. Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war.

Art. 15. Military necessity admits of all direct destruction of life or limb of armed enemies, and of other persons whose destruction is incidentally unavoidable in the armed contests of the war; it allows of the capturing of every armed enemy, and every enemy of importance to the hostile government, or of peculiar danger to the captor; it allows of all destruction of property, and obstruction of the ways and channels of traffic, travel, or communication, and of all withholding of sustenance or means of life from the enemy; of the appropriation of whatever an enemy's country affords necessary for the subsistence and safety of the army, and of such deception as does not involve the breaking of good faith either positively pledged, regarding agreements entered into during the war, or supposed by the modern law of war to exist. Men who take up arms against one another in public war do not cease on this account to be moral beings, responsible to one another and to God.

Art. 16. Military necessity does not admit of cruelty - that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way, nor of the wanton devastation of a district. It admits of deception, but disclaims acts of perfidy; and, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult.

Art. 17. War is not carried on by arms alone. It is lawful to starve the hostile belligerent, armed or unarmed, so that it leads to the speedier subjection of the enemy.

Art. 18. When a commander of a besieged place expels the noncombatants, in order to lessen the number of those who consume his stock of provisions, it is lawful, though an extreme measure, to drive them back, so as to hasten on the surrender.

Art. 19. Commanders, whenever admissible, inform the enemy of their intention to bombard a place, so that the noncombatants, and especially the women and children, may be removed before the bombardment commences. But it is no infraction of the common law of war to omit thus to inform the enemy. Surprise may be a necessity.

Art. 20. Public war is a state of armed hostility between sovereign nations or governments. It is a law and requisite of civilized existence that men live in political, continuous societies, forming organized units, called states or nations, whose constituents bear, enjoy, suffer, advance and retrograde together, in peace and in

war.

Art. 21. The citizen or native of a hostile country is thus an enemy, as one of the constituents of the hostile state or nation, and as such is subjected to the hardships of the war.

Art. 22. Nevertheless, as civilization has advanced during the last centuries, so has likewise steadily advanced, especially in war on land, the distinction between the private individual belonging to a hostile country and the hostile country itself, with its men in arms. The principle has been more and more acknowledged that the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honor as much as the exigencies of war will admit.

Art. 23. Private citizens are no longer murdered, enslaved, or carried off to distant parts, and the inoffensive individual is as little disturbed in his private relations as the commander of the hostile troops can afford to grant in the overruling demands of a vigorous war.

Art. 24. The almost universal rule in remote times was, and continues to be with barbarous armies, that the private individual of the hostile country is destined to suffer every privation of liberty and protection, and every disruption of family ties. Protection was, and still is with uncivilized people, the exception.

Art. 25. In modern regular wars of the Europeans, and their descendants in other portions of the globe, protection of the inoffensive citizen of the hostile country is the rule; privation and disturbance of private relations are the exceptions.

Art. 26. Commanding generals may cause the magistrates and civil officers of the hostile country to take the oath of temporary allegiance or an oath of fidelity to their own victorious government or rulers, and they may expel everyone who declines to do so. But whether they do so or not, the people and their civil officers owe strict obedience to them as long as they hold sway over the district or country, at the peril of their lives.

Art. 27. The law of war can no more wholly dispense with retaliation than can the law of nations, of which it is a branch. Yet civilized nations acknowledge retaliation as the sternest feature of war. A reckless enemy often leaves to his opponent no other means of securing himself against the repetition of barbarous outrage

Art. 28. Retaliation will, therefore, never be resorted to as a measure of mere revenge, but only as a means of protective retribution, and moreover, cautiously and unavoidably; that is to say, retaliation shall only be resorted to after careful inquiry into the real occurrence, and the character of the misdeeds that may demand retribution. Unjust or inconsiderate retaliation removes the belligerents farther and farther from the mitigating rules of regular war, and by rapid steps leads them nearer to the internecine wars of savages.

Art. 29. Modern times are distinguished from earlier ages by the existence, at one and the same time, of many nations and great governments related to one another in close intercourse. Peace is their normal condition; war is the exception. The ultimate object of all modern war is a renewed state of peace. The more vigorously wars are pursued, the better it is for humanity. Sharp wars are brief.

Art. 30. Ever since the formation and coexistence of modern nations, and ever since wars have become great national wars, war has come to be acknowledged not to be its own end, but the means to obtain great ends of state, or to consist in defense against wrong; and no conventional restriction of the modes adopted to injure the enemy is any longer admitted; but the law of war imposes many limitations and restrictions on principles of justice, faith, and honor.

SECTION II

Public and private property of the enemy - Protection of persons, and especially of women, of religion, the arts and sciences - Punishment of crimes against the inhabitants of hostile countries.

Art. 31. A victorious army appropriates all public money, seizes all public movable property until further direction by its government, and sequesters for its own benefit or of that of its government all the revenues of real property belonging to the hostile government or nation. The title to such real property remains in abeyance during military occupation, and until the conquest is made complete.

Art. 32. A victorious army, by the martial power inherent in the same, may suspend, change, or abolish, as far as the martial power extends, the relations which arise from the services due, according to the existing laws of the invaded country, from one citizen, subject, or native of the same to another. The commander of the army must leave it to the ultimate treaty of peace to settle the permanency of this change.

Art. 33. It is no longer considered lawful - on the contrary, it is held to be a serious breach of the law of war - to force the subjects of the enemy into the service of the victorious government, except the latter should proclaim, after a fair and complete conquest of the hostile country or district, that it is resolved to keep the country, district, or place permanently as its own and make it a portion of its own country.

Art. 34. As a general rule, the property belonging to churches, to hospitals, or other establishments of an exclusively charitable character, to establishments of education, or foundations for the promotion of knowledge, whether public schools, universities, academies of learning or observatories, museums of the fine arts, or of a scientific character such property is not to be considered public property in the sense of paragraph 31; but it may be taxed or used when the public service may require it.

Art. 35. Classical works of art, libraries, scientific collections, or precious instruments, such as astronomical telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or

bombarded.

Art. 36. If such works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government, can be removed without injury, the ruler of the conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace. In no case shall they be sold or given away, if captured by the armies of the United States, nor shall they ever be privately appropriated, or wantonly destroyed or injured.

Art. 37. The United States acknowledge and protect, in hostile countries occupied by them, religion and morality; strictly private property; the persons of the inhabitants, especially those of women: and the sacredness of domestic relations. Offenses to the contrary shall be rigorously punished. This rule does not interfere with the right of the victorious invader to tax the people or their property, to levy forced loans, to billet soldiers, or to appropriate property, especially houses, lands, boats or ships, and churches, for temporary and military uses

Art. 38. Private property, unless forfeited by crimes or by offenses of the owner, can be seized only by way of military necessity, for the support or other benefit of the army or of the United States. If the owner has not fled, the commanding officer will cause receipts to be given, which may serve the spoliated owner to obtain indemnity.

Art. 39. The salaries of civil officers of the hostile government who remain in the invaded territory, and continue the work of their office, and can continue it according to the circumstances arising out of the war, such as judges, administrative or police officers, officers of city or communal governments, are paid from the public revenue of the invaded territory, until the military government has reason wholly or partially to discontinue it. Salaries or incomes connected with purely honorary titles are always stopped.

Art. 40. There exists no law or body of authoritative rules of action between hostile armies, except that branch of the law of nature and nations which is called the law and usages of war on land.

Art. 41. All municipal law of the ground on which the armies stand, or of the countries to which they belong, is silent and of no effect between armies in the field.

Art. 42. Slavery, complicating and confounding the ideas of property, (that is of a thing,) and of personality, (that is of humanity,) exists according to municipal or local law only. The law of nature and nations has never acknowledged it. The digest of the Roman law enacts the early dictum of the pagan jurist, that "so far as the law of nature is concerned, all men are equal." Fugitives escaping from a country in which they were slaves, villains, or serfs, into another country, have, for centuries past, been held free and acknowledged free by judicial decisions of European countries, even though the municipal law of the country in which the slave had taken refuge acknowledged slavery within its own dominions.

Art. 43. Therefore, in a war between the United States and a belligerent which admits of slavery, if a person held in bondage by that belligerent be captured by or come as a fugitive under the protection of the military forces of the United States, such person is immediately entitled to the rights and privileges of a freeman To return such person into slavery would amount to enslaving a free person, and neither the United States nor any officer under their authority can enslave any human being. Moreover, a person so made free by the law of war is under the shield of the law of nations, and the former owner or State can have, by the law of postliminy, no belligerent lien or claim of service.

Art. 44. All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense. A soldier, officer or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior.

Art. 45. All captures and booty belong, according to the modern law of war, primarily to the government of the captor. Prize money, whether on sea or land, can now only be claimed under local law.

Art. 46. Neither officers nor soldiers are allowed to make use of their position or power in the hostile country for private gain, not even for commercial transactions otherwise legitimate. Offenses to the contrary committed by commissioned officers will be punished with cashiering or such other punishment as the nature of the offense may require; if by soldiers, they shall be punished according to the nature of the offense.

Art. 47. Crimes punishable by all penal codes, such as arson, murder, maiming, assaults, highway robbery, theft, burglary, fraud, forgery, and rape, if committed by an American soldier in a hostile country against its inhabitants, are not only punishable as at home, but in all cases in which death is not inflicted, the severer punishment shall be preferred.

SECTION III

Deserters - Prisoners of war - Hostages - Booty on the battle-field.

Art. 48. Deserters from the American Army, having entered the service of the enemy, suffer death if they fall again into the hands of the United States, whether by capture, or being delivered up to the American Army; and if a deserter from the enemy, having taken service in the Army of the United States, is captured by the enemy, and punished by them with death or otherwise, it is not a breach against the law and usages of war, requiring redress or retaliation.

Art. 49. A prisoner of war is a public enemy armed or attached to the hostile army for active aid, who has fallen into the hands of the captor, either fighting or wounded, on the field or in the hospital, by individual surrender or by capitulation. All soldiers, of whatever species of arms; all men who belong to the rising en masse of the hostile country; all those who are attached to the army for its efficiency and promote directly the object of the war, except such as are hereinafter provided for; all disabled men or officers on the field or elsewhere, if captured; all enemies who have thrown away their arms and ask for quarter, are prisoners of war, and as such exposed to the inconveniences as well as entitled to the privileges of a prisoner of war.

Art. 50. Moreover, citizens who accompany an army for whatever purpose, such as sutlers, editors, or reporters of journals, or contractors, if captured, may be made prisoners of war, and be detained as such. The monarch and members of the hostile reigning family, male or female, the chief, and chief officers of the hostile government, its diplomatic agents, and all persons who are of particular and singular use and benefit to the hostile army or its government, are, if captured on belligerent ground, and if unprovided with a safe conduct granted by the captor's government, prisoners of war.

Art. 51. If the people of that portion of an invaded country which is not yet occupied by the enemy, or of the whole country, at the approach of a hostile army, rise, under a duly authorized levy en masse to resist the invader, they are now treated as public enemies, and, if captured, are prisoners of war.

Art. 52. No belligerent has the right to declare that he will treat every captured man in arms of a levy en masse as a brigand or bandit. If, however, the people of a country, or any portion of the same, already occupied by an army, rise against it, they are violators of the laws of war, and are not entitled to their protection.

Art. 53. The enemy's chaplains, officers of the medical staff, apothecaries, hospital nurses and servants, if they fall into the hands of the American Army, are not prisoners of war, unless the commander has reasons to retain them. In this latter case; or if, at their own desire, they are allowed to remain with their captured companions, they are treated as prisoners of war, and may be exchanged if the commander sees fit. Art. 54. A hostage is a person accepted as a pledge for the fulfillment of an agreement concluded between belligerents during the war, or in consequence of a war. Hostages are rare in the present age.

Art. 55. If a hostage is accepted, he is treated like a prisoner of war, according to rank and condition, as circumstances may admit.

Art. 56. A prisoner of war is subject to no punishment for being a public enemy, nor is any revenge wreaked upon him by the intentional infliction of any suffering, or disgrace, by cruel imprisonment, want of food, by mutilation, death, or any other barbarity.

Art. 57. So soon as a man is armed by a sovereign government and takes the soldier's oath of fidelity, he is a belligerent; his killing, wounding, or other warlike acts are not individual crimes or offenses. No belligerent has a right to declare that enemies of a certain class, color, or condition, when properly organized as soldiers, will not be treated by him as public enemies.

Art. 58. The law of nations knows of no distinction of color, and if an enemy of the United States should enslave and sell any captured persons of their army, it would be a case for the severest retaliation, if not redressed upon complaint. The United States cannot retaliate by enslavement; therefore death must be the retaliation for this crime against the law of nations.

Art. 59. A prisoner of war remains answerable for his crimes committed against the captor's army or people, committed before he was captured, and for which he has not been punished by his own authorities. All prisoners of war are liable to the infliction of retaliatory measures.

Art. 60. It is against the usage of modern war to resolve, in hatred and revenge, to give no quarter. No body of troops has the right to declare that it will not give, and therefore will not expect, quarter; but a commander is permitted to direct his troops to give no quarter, in great straits, when his own salvation makes it impossible to cumber himself with prisoners.

Art. 61. Troops that give no quarter have no right to kill enemies already disabled on the ground, or prisoners captured by other troops.

Art. 62. All troops of the enemy known or discovered to give no quarter in general, or to any portion of the army, receive none.

Art. 63. Troops who fight in the uniform of their enemies, without any plain, striking, and uniform mark of distinction of their own, can expect no quarter.

Art. 64. If American troops capture a train containing uniforms of the enemy, and the commander considers it advisable to distribute them for use among his men, some striking mark or sign must be adopted to distinguish the American soldier from the enemy.

Art. 65. The use of the enemy's national standard, flag, or other emblem of nationality, for the purpose of deceiving the enemy in battle, is an act of perfidy by which they lose all claim to the protection of the laws of war.

Art. 66. Quarter having been given to an enemy by American troops, under a misapprehension of his true character, he may, nevertheless, be ordered to suffer death if, within three days after the battle, it be discovered that he belongs to a corps which gives no quarter.

Art. 67. The law of nations allows every sovereign government to make war upon another sovereign state, and, therefore, admits of no rules or laws different from those of regular warfare, regarding the treatment of prisoners of war, although they may belong to the army of a government which the captor may consider as a wanton and unjust assailant.

Art. 68. Modern wars are not internecine wars, in which the killing of the enemy is the object. The destruction of the enemy in modern war, and, indeed, modern war itself, are means to obtain that object of the belligerent which lies beyond the war. Unnecessary or revengeful destruction of life is not lawful.

Art. 69. Outposts, sentinels, or pickets are not to be fired upon, except to drive them in, or when a positive order, special or general, has been issued to that effect. Art. 70. The use of poison in any manner, be it to poison wells, or food, or arms, is wholly excluded from modern warfare. He that uses it puts himself out of the pale of the law and usages of war.

Art. 71. Whoever intentionally inflicts additional wounds on an enemy already wholly disabled, or kills such an enemy, or who orders or encourages soldiers to do so, shall suffer death, if duly convicted, whether he belongs to the Army of the United States, or is an enemy captured after having committed his misdeed.

Art. 72. Money and other valuables on the person of a prisoner, such as watches or jewelry, as well as extra clothing, are regarded by the American Army as the private property of the prisoner, and the appropriation of such valuables or money is considered dishonorable, and is prohibited. Nevertheless, if large sums are found upon the persons of prisoners, or in their possession, they shall be taken from them, and the surplus, after providing for their own support, appropriated for the use of the army, under the direction of the commander, unless otherwise ordered by the government. Nor can prisoners claim, as private property, large sums found and captured in their train, although they have been placed in the private luggage of the prisoners.

Art. 73. All officers, when captured, must surrender their side arms to the captor. They may be restored to the prisoner in marked cases, by the commander, to signalize admiration of his distinguished bravery or approbation of his humane treatment of prisoners before his capture. The captured officer to whom they may be restored can not wear them during captivity.

Art. 74. A prisoner of war, being a public enemy, is the prisoner of the government, and not of the captor. No ransom can be paid by a prisoner of war to his individual captor or to any officer in command. The government alone releases captives, according to rules prescribed by itself.

Art. 75. Prisoners of war are subject to confinement or imprisonment such as may be deemed necessary on account of safety, but they are to be subjected to no other

intentional suffering or indignity. The confinement and mode of treating a prisoner may be varied during his captivity according to the demands of safety.

Art. 76. Prisoners of war shall be fed upon plain and wholesome food, whenever practicable, and treated with humanity. They may be required to work for the benefit of the captor's government, according to their rank and condition.

Art. 77. A prisoner of war who escapes may be shot or otherwise killed in his flight; but neither death nor any other punishment shall be inflicted upon him simply for his attempt to escape, which the law of war does not consider a crime. Stricter means of security shall be used after an unsuccessful attempt at escape. If, however, a conspiracy is discovered, the purpose of which is a united or general escape, the conspirators may be rigorously punished, even with death; and capital punishment may also be inflicted upon prisoners of war discovered to have plotted rebellion against the authorities of the captors, whether in union with fellow prisoners or other persons.

Art. 78. If prisoners of war, having given no pledge nor made any promise on their honor, forcibly or otherwise escape, and are captured again in battle after having rejoined their own army, they shall not be punished for their escape, but shall be treated as simple prisoners of war, although they will be subjected to stricter confinement.

Art. 79. Every captured wounded enemy shall be medically treated, according to the ability of the medical staff.

Art. 80. Honorable men, when captured, will abstain from giving to the enemy information concerning their own army, and the modern law of war permits no longer the use of any violence against prisoners in order to extort the desired information or to punish them for having given false information.

SECTION IV

Partisans - Armed enemies not belonging to the hostile army - Scouts - Armed prowlers - War-rebels

Art. 81. Partisans are soldiers armed and wearing the uniform of their army, but belonging to a corps which acts detached from the main body for the purpose of making inroads into the territory occupied by the enemy. If captured, they are entitled to all the privileges of the prisoner of war.

Art. 82. Men, or squads of men, who commit hostilities, whether by fighting, or inroads for destruction or plunder, or by raids of any kind, without commission, without being part and portion of the organized hostile army, and without sharing continuously in the war, but who do so with intermitting returns to their homes and avocations, or with the occasional assumption of the semblance of peaceful pursuits, divesting themselves of the character or appearance of soldiers - such men, or squads of men, are not

public enemies, and, therefore, if captured, are not entitled to the privileges of prisoners of war, but shall be treated summarily as highway robbers or pirates.

Art. 83. Scouts, or single soldiers, if disguised in the dress of the country or in the uniform of the army hostile to their own, employed in obtaining information, if found within or lurking about the lines of the captor, are treated as spies, and suffer death.

Art. 84. Armed prowlers, by whatever names they may be called, or persons of the enemy's territory, who steal within the lines of the hostile army for the purpose of robbing, killing, or of destroying bridges, roads or canals, or of robbing or destroying the mail, or of cutting the telegraph wires, are not entitled to the privileges of the prisoner of war.

Art. 85. War-rebels are persons within an occupied territory who rise in arms against the occupying or conquering army, or against the authorities established by the same. If captured, they may suffer death, whether they rise singly, in small or large bands, and whether called upon to do so by their own, but expelled, government or not. They are not prisoners of war; nor are they if discovered and secured before their conspiracy has matured to an actual rising or armed violence.

SECTION V

Safe-conduct - Spies - War-traitors - Captured messengers - Abuse of the flag of truce

Art. 86. All intercourse between the territories occupied by belligerent armies, whether by traffic, by letter, by travel, or in any other way, ceases. This is the general rule, to be observed without special proclamation. Exceptions to this rule, whether by safe-conduct, or permission to trade on a small or large scale, or by exchanging mails, or by travel from one territory into the other, can take place only according to agreement approved by the government, or by the highest military authority. Contraventions of this rule are highly punishable.

Art. 87. Ambassadors, and all other diplomatic agents of neutral powers, accredited to the enemy, may receive safe-conducts through the territories occupied by the belligerents, unless there are military reasons to the contrary, and unless they may reach the place of their destination conveniently by another route. It implies no international affront if the safe-conduct is declined. Such passes are usually given by the supreme authority of the State, and not by subordinate officers.

Art. 88. A spy is a person who secretly, in disguise or under false pretense, seeks information with the intention of communicating it to the enemy. The spy is punishable with death by hanging by the neck, whether or not he succeed in obtaining the information or in conveying it to the enemy.

Art. 89. If a citizen of the United States obtains information in a legitimate manner, and betrays it to the enemy, be he a military or civil officer, or a private citizen, he shall

suffer death.

Art. 90. A traitor under the law of war, or a war-traitor, is a person in a place or district under Martial Law who, unauthorized by the military commander, gives information of any kind to the enemy, or holds intercourse with him.

Art.91. The war-traitor is always severely punished. If his offense consists in betraying to the enemy anything concerning the condition, safety, operations, or plans of the troops holding or occupying the place or district, his punishment is death.

Art. 92. If the citizen or subject of a country or place invaded or conquered gives information to his own government, from which he is separated by the hostile army, or to the army of his government, he is a war-traitor, and death is the penalty of his offense.

Art. 93. All armies in the field stand in need of guides, and impress them if they cannot obtain them otherwise.

Art. 94. No person having been forced by the enemy to serve as guide is punishable for having done so.

Art. 95. If a citizen of a hostile and invaded district voluntarily serves as a guide to the enemy, or offers to do so, he is deemed a war-traitor, and shall suffer death.

Art. 96. A citizen serving voluntarily as a guide against his own country commits treason, and will be dealt with according to the law of his country.

Art. 97. Guides, when it is clearly proved that they have misled intentionally, may be put to death.

Art. 98. An unauthorized or secret communication with the enemy is considered treasonable by the law of war. Foreign residents in an invaded or occupied territory, or foreign visitors in the same, can claim no immunity from this law. They may communicate with foreign parts, or with the inhabitants of the hostile country, so far as the military authority permits, but no further. Instant expulsion from the occupied territory would be the very least punishment for the infraction of this rule.

Art. 99. A messenger carrying written dispatches or verbal messages from one portion of the army, or from a besieged place, to another portion of the same army, or its government, if armed, and in the uniform of his army, and if captured, while doing so, in the territory occupied by the enemy, is treated by the captor as a prisoner of war. If not in uniform, nor a soldier, the circumstances connected with his capture must determine the disposition that shall be made of him.

Art. 100. A messenger or agent who attempts to steal through the territory occupied by the enemy, to further, in any manner, the interests of the enemy, if captured, is not

entitled to the privileges of the prisoner of war, and may be dealt with according to the circumstances of the case.

Art. 101. While deception in war is admitted as a just and necessary means of hostility, and is consistent with honorable warfare, the common law of war allows even capital punishment for clandestine or treacherous attempts to injure an enemy, because they are so dangerous, and it is difficult to guard against them.

Art. 102. The law of war, like the criminal law regarding other offenses, makes no difference on account of the difference of sexes, concerning the spy, the war-traitor, or the war-rebel.

Art. 103. Spies, war-traitors, and war-rebels are not exchanged according to the common law of war. The exchange of such persons would require a special cartel, authorized by the government, or, at a great distance from it, by the chief commander of the army in the field.

Art. 104. A successful spy or war-traitor, safely returned to his own army, and afterwards captured as an enemy, is not subject to punishment for his acts as a spy or war-traitor, but he may be held in closer custody as a person individually dangerous.

SECTION VI

Exchange of prisoners - Flags of truce - Flags of protection

Art. 105. Exchanges of prisoners take place - number for number - rank for rank wounded for wounded - with added condition for added condition - such, for instance, as not to serve for a certain period.

Art. 106. In exchanging prisoners of war, such numbers of persons of inferior rank may be substituted as an equivalent for one of superior rank as may be agreed upon by cartel, which requires the sanction of the government, or of the commander of the army in the field.

Art. 107. A prisoner of war is in honor bound truly to state to the captor his rank; and he is not to assume a lower rank than belongs to him, in order to cause a more advantageous exchange, nor a higher rank, for the purpose of obtaining better treatment. Offenses to the contrary have been justly punished by the commanders of released prisoners, and may be good cause for refusing to release such prisoners.

Art. 108. The surplus number of prisoners of war remaining after an exchange has taken place is sometimes released either for the payment of a stipulated sum of money, or, in urgent cases, of provision, clothing, or other necessaries. Such arrangement, however, requires the sanction of the highest authority.

Art. 109. The exchange of prisoners of war is an act of convenience to both belligerents. If no general cartel has been concluded, it cannot be demanded by either

of them. No belligerent is obliged to exchange prisoners of war. A cartel is voidable as soon as either party has violated it.

Art. 110. No exchange of prisoners shall be made except after complete capture, and after an accurate account of them, and a list of the captured officers, has been taken.

Art. 111. The bearer of a flag of truce cannot insist upon being admitted. He must always be admitted with great caution. Unnecessary frequency is carefully to be avoided.

Art. 112. If the bearer of a flag of truce offer himself during an engagement, he can be admitted as a very rare exception only. It is no breach of good faith to retain such flag of truce, if admitted during the engagement. Firing is not required to cease on the appearance of a flag of truce in battle.

Art. 113. If the bearer of a flag of truce, presenting himself during an engagement, is killed or wounded, it furnishes no ground of complaint whatever.

Art. 114. If it be discovered, and fairly proved, that a flag of truce has been abused for surreptitiously obtaining military knowledge, the bearer of the flag thus abusing his sacred character is deemed a spy. So sacred is the character of a flag of truce, and so necessary is its sacredness, that while its abuse is an especially heinous offense, great caution is requisite, on the other hand, in convicting the bearer of a flag of truce as a spy.

Art. 115. It is customary to designate by certain flags (usually yellow) the hospitals in places which are shelled, so that the besieging enemy may avoid firing on them. The same has been done in battles, when hospitals are situated within the field of the engagement.

Art. 116. Honorable belligerents often request that the hospitals within the territory of the enemy may be designated, so that they may be spared. An honorable belligerent allows himself to be guided by flags or signals of protection as much as the contingencies and the necessities of the fight will permit.

Art. 117. It is justly considered an act of bad faith, of infamy or fiendishness, to deceive the enemy by flags of protection. Such act of bad faith may be good cause for refusing to respect such flags.

Art. 118. The besieging belligerent has sometimes requested the besieged to designate the buildings containing collections of works of art, scientific museums, astronomical observatories, or precious libraries, so that their destruction may be avoided as much as possible.

SECTION VII

Parole

Art. 119. Prisoners of war may be released from captivity by exchange, and, under

certain circumstances, also by parole.

Art. 120. The term Parole designates the pledge of individual good faith and honor to do, or to omit doing, certain acts after he who gives his parole shall have been dismissed, wholly or partially, from the power of the captor.

Art. 121. The pledge of the parole is always an individual, but not a private act.

Art. 122. The parole applies chiefly to prisoners of war whom the captor allows to return to their country, or to live in greater freedom within the captor's country or territory, on conditions stated in the parole.

Art. 123. Release of prisoners of war by exchange is the general rule; release by parole is the exception.

Art. 124. Breaking the parole is punished with death when the person breaking the parole is captured again. Accurate lists, therefore, of the paroled persons must be kept by the belligerents.

Art. 125. When paroles are given and received there must be an exchange of two written documents, in which the name and rank of the paroled individuals are accurately and truthfully stated.

Art. 126. Commissioned officers only are allowed to give their parole, and they can give it only with the permission of their superior, as long as a superior in rank is within reach.

Art. 127. No noncommissioned officer or private can give his parole except through an officer. Individual paroles not given through an officer are not only void, but subject the individuals giving them to the punishment of death as deserters. The only admissible exception is where individuals, properly separated from their commands, have suffered long confinement without the possibility of being paroled through an officer.

Art. 128. No paroling on the battlefield; no paroling of entire bodies of troops after a battle; and no dismissal of large numbers of prisoners, with a general declaration that they are paroled, is permitted, or of any value.

Art. 129. In capitulations for the surrender of strong places or fortified camps the commanding officer, in cases of urgent necessity, may agree that the troops under his command shall not fight again during the war, unless exchanged.

Art. 130. The usual pledge given in the parole is not to serve during the existing war, unless exchanged. This pledge refers only to the active service in the field, against the paroling belligerent or his allies actively engaged in the same war. These cases of breaking the parole are patent acts, and can be visited with the punishment of death; but the pledge does not refer to internal service, such as recruiting or drilling the

recruits, fortifying places not besieged, quelling civil commotions, fighting against belligerents unconnected with the paroling belligerents, or to civil or diplomatic service for which the paroled officer may be employed.

Art. 131. If the government does not approve of the parole, the paroled officer must return into captivity, and should the enemy refuse to receive him, he is free of his parole.

Art. 132. A belligerent government may declare, by a general order, whether it will allow paroling, and on what conditions it will allow it. Such order is communicated to the enemy.

Art. 133. No prisoner of war can be forced by the hostile government to parole himself, and no government is obliged to parole prisoners of war, or to parole all captured officers, if it paroles any. As the pledging of the parole is an individual act, so is paroling, on the other hand, an act of choice on the part of the belligerent.

Art. 134. The commander of an occupying army may require of the civil officers of the enemy, and of its citizens, any pledge he may consider necessary for the safety or security of his army, and upon their failure to give it he may arrest, confine, or detain them.

SECTION VIII

Armistice - Capitulation

Art. 135. An armistice is the cessation of active hostilities for a period agreed between belligerents. It must be agreed upon in writing, and duly ratified by the highest authorities of the contending parties.

Art. 136. If an armistice be declared, without conditions, it extends no further than to require a total cessation of hostilities along the front of both belligerents. If conditions be agreed upon, they should be clearly expressed, and must be rigidly adhered to by both parties. If either party violates any express condition, the armistice may be declared null and void by the other.

Art. 137. An armistice may be general, and valid for all points and lines of the belligerents, or special, that is, referring to certain troops or certain localities only. An armistice may be concluded for a definite time; or for an indefinite time, during which either belligerent may resume hostilities on giving the notice agreed upon to the other.

Art. 138. The motives which induce the one or the other belligerent to conclude an armistice, whether it be expected to be preliminary to a treaty of peace, or to prepare during the armistice for a more vigorous prosecution of the war, does in no way affect the character of the armistice itself.

Art. 139. An armistice is binding upon the belligerents from the day of the agreed

commencement; but the officers of the armies are responsible from the day only when they receive official information of its existence.

Art. 140. Commanding officers have the right to conclude armistices binding on the district over which their command extends, but such armistice is subject to the ratification of the superior authority, and ceases so soon as it is made known to the enemy that the armistice is not ratified, even if a certain time for the elapsing between giving notice of cessation and the resumption of hostilities should have been stipulated for.

Art. 141. It is incumbent upon the contracting parties of an armistice to stipulate what intercourse of persons or traffic between the inhabitants of the territories occupied by the hostile armies shall be allowed, if any. If nothing is stipulated the intercourse remains suspended, as during actual hostilities.

Art. 142. An armistice is not a partial or a temporary peace; it is only the suspension of military operations to the extent agreed upon by the parties.

Art. 143. When an armistice is concluded between a fortified place and the army besieging it, it is agreed by all the authorities on this subject that the besieger must cease all extension, perfection, or advance of his attacking works as much so as from attacks by main force. But as there is a difference of opinion among martial jurists, whether the besieged have the right to repair breaches or to erect new works of defense within the place during an armistice, this point should be determined by express agreement between the parties.

Art. 144. So soon as a capitulation is signed, the capitulator has no right to demolish, destroy, or injure the works, arms, stores, or ammunition, in his possession, during the time which elapses between the signing and the execution of the capitulation, unless otherwise stipulated in the same.

Art. 145. When an armistice is clearly broken by one of the parties, the other party is released from all obligation to observe it.

Art. 146. Prisoners taken in the act of breaking an armistice must be treated as prisoners of war, the officer alone being responsible who gives the order for such a violation of an armistice. The highest authority of the belligerent aggrieved may demand redress for the infraction of an armistice.

Art. 147. Belligerents sometimes conclude an armistice while their plenipotentiaries are met to discuss the conditions of a treaty of peace; but plenipotentiaries may meet without a preliminary armistice; in the latter case, the war is carried on without any abatement.

SECTION IX Assassination

Art. 148. The law of war does not allow proclaiming either an individual belonging to the hostile army, or a citizen, or a subject of the hostile government, an outlaw, who may be slain without trial by any captor, any more than the modern law of peace allows such intentional outlawry; on the contrary, it abhors such outrage. The sternest retaliation should follow the murder committed in consequence of such proclamation, made by whatever authority. Civilized nations look with horror upon offers of rewards for the assassination of enemies as relapses into barbarism.

SECTION X

Insurrection - Civil War - Rebellion

Art. 149. Insurrection is the rising of people in arms against their government, or a portion of it, or against one or more of its laws, or against an officer or officers of the government. It may be confined to mere armed resistance, or it may have greater ends in view.

Art. 150. Civil war is war between two or more portions of a country or state, each contending for the mastery of the whole, and each claiming to be the legitimate government. The term is also sometimes applied to war of rebellion, when the rebellious provinces or portions of the state are contiguous to those containing the seat of government.

Art. 151. The term rebellion is applied to an insurrection of large extent, and is usually a war between the legitimate government of a country and portions of provinces of the same who seek to throw off their allegiance to it and set up a government of their own.

Art. 152. When humanity induces the adoption of the rules of regular war to ward rebels, whether the adoption is partial or entire, it does in no way whatever imply a partial or complete acknowledgement of their government, if they have set up one, or of them, as an independent and sovereign power. Neutrals have no right to make the adoption of the rules of war by the assailed government toward rebels the ground of their own acknowledgment of the revolted people as an independent power.

Art. 153. Treating captured rebels as prisoners of war, exchanging them, concluding of cartels, capitulations, or other warlike agreements with them; addressing officers of a rebel army by the rank they may have in the same; accepting flags of truce; or, on the other hand, proclaiming Martial Law in their territory, or levying war-taxes or forced loans, or doing any other act sanctioned or demanded by the law and usages of public war between sovereign belligerents, neither proves nor establishes an acknowledgment of the rebellious people, or of the government which they may have erected, as a public or sovereign power. Nor does the adoption of the rules of war toward rebels imply an engagement with them extending beyond the limits of these rules. It is victory in the field that ends the strife and settles the future relations between the contending parties.

Art. 154. Treating, in the field, the rebellious enemy according to the law and usages of war has never prevented the legitimate government from trying the leaders of the rebellion or chief rebels for high treason, and from treating them accordingly, unless they are included in a general amnesty.

Art. 155. All enemies in regular war are divided into two general classes - that is to say, into combatants and noncombatants, or unarmed citizens of the hostile government. The military commander of the legitimate government, in a war of rebellion, distinguishes between the loyal citizen in the revolted portion of the country and the disloyal citizen. The disloyal citizens may further be classified into those citizens known to sympathize with the rebellion without positively aiding it, and those who, without taking up arms, give positive aid and comfort to the rebellious enemy without being bodily forced thereto.

Art. 156. Common justice and plain expediency require that the military commander protect the manifestly loyal citizens, in revolted territories, against the hardships of the war as much as the common misfortune of all war admits. The commander will throw the burden of the war, as much as lies within his power, on the disloyal citizens, of the revolted portion or province, subjecting them to a stricter police than the noncombatant enemies have to suffer in regular war; and if he deems it appropriate, or if his government demands of him that every citizen shall, by an oath of allegiance, or by some other manifest act, declare his fidelity to the legitimate government, he may expel, transfer, imprison, or fine the revolted citizens who refuse to pledge themselves anew as citizens obedient to the law and loyal to the government. Whether it is expedient to do so, and whether reliance can be placed upon such oaths, the commander or his government have the right to decide.

Art. 157. Armed or unarmed resistance by citizens of the United States against the lawful movements of their troops is levying war against the United States, and is therefore treason.

En el tema que nos atañe, su art. 44 es muy importante, ya que en él se prohibía y castigaba con la pena de muerte todo acto de violencia *desaforada* cometido contra personas en el país invadido, toda destrucción de la propiedad, así como el robo, el pillaje o saqueo, la violación y otros delitos sexuales, la lesión, la mutilación o el asesinato población civil. Estos actos se consideraban crímenes de guerra:

Art. 44. All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense. A soldier, officer or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior.

No obstante dejaba abierta la posibilidad de la alegación de la obediencia debida como excusa absoluta, cuando introducía el art. 44 su última frase:

...A soldier, officer or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior.

Obsérvese que se castiga al soldado, oficial o recluta, en el acto de cometer dicha violencia, en desobediencia a un superior que le haya ordenado que se abstenga de realizar dichos actos, con la pena de muerte, que puede legalmente ejecutarse por dicho superior en el acto.

En el artículo 47, se estipula que se considerarán como perpetrados en territorio de los Estados Unidos y se castigarán severamente los *crímenes castigados por todos los códigos penales*, como *el incendio intencional, el homicidio, la mutilación, el asalto, el atraco en la vía pública, el robo, el allanamiento de morada, el fraude, la falsificación y la violación sexual* cuando son cometidos por un soldado estadounidense en territorio de un Estado enemigo:

Art. 47. Crimes punishable by all penal codes, such as arson, murder, maiming, assaults, highway robbery, theft, burglary, fraud, forgery, and rape, if committed by an American soldier in a hostile country against its inhabitants, are not only punishable as at home, but in all cases in which death is not inflicted, the severer punishment shall be preferred.

Aunque exclusivamente destinado a los soldados estadounidenses y obligatorio sólo para ellos, el *Código Lieber* tuvo asimismo una gran influencia en los reglamentos militares de otros ejércitos.

Unos años después de promulgarse este texto, vio la luz, en España, el *Reglamento de Campaña* aprobado por Ley de 5 de enero de 1882⁵³, cuyo art. 851 aludía a las *leyes de la guerra*, a las que negaba un carácter jurídico y sí moral, propio de la deontología profesional del militar europeo. Afirmaba que estas *leyes de la guerra* se habían establecido...

...sin más garantía que la buena fe, como todo el Derecho Internacional, pero van logrando dar a la guerra carácter más humano y caballeresco, aminorando antiguos e inútiles desastres.

La comparación del modelo español con el *Código Lieber* resulta favorable a la regulación norteamericana, en las que se recogía tanto la costumbre internacional, positivizándola en el Derecho Interno, como establecía asimismo un sistema penal represor, inherente a la tipificación de comportamientos ilegales en la conducción de las hostilidades. Dos años después del *Reglamento de Campaña*, en 1884, se corrigió esta situación con el Código Penal del Ejército, que en un Título específico y bajo la rúbrica de *Delitos contra el Derecho de Gentes*, aparecen unas prescripciones que tipificaban como delitos ciertas conductas típicas que entrañaban una vulneración de la costumbre internacional. Así, su art. 104 castigaba al militar que...

...sin motivo justificado o sin autorización competente (...) violare tregua, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo o entre sus fuerzas beligerantes, siempre que de sus resultados sobreviniere (...) o

53.-Colección Legislativa del Ejército, Madrid: Imprenta Litografía del Depósito de Guerra, 1903, año 1882.

se produjeran violencias o represalias.

Asimismo, castigaba las siguientes acciones:

1.-*El militar que obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, les maltratare de obra, les injuriare gravemente o privare del alimento necesario.*

2.-*El que atacare, sin necesidad, hospitales o asilos de beneficencia, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos.*

3.-*El que destruyere en territorio amigo o enemigo Templos, Bibliotecas, Museos, Archivo u obras notables de arte, sin exigirlo las operaciones de guerra.*

El *Código Penal de la Marina de Guerra*, de 1888, reprodujo la práctica literalidad de los preceptos reseñados, en su Título I, en un capítulo aparte, bajo el nombre genérico de *Delitos contra el Derecho de Gentes*. Por su parte, el *Código de Justicia Militar* de 1890, bajo la rúbrica de *Delitos contra el Derecho de Gentes, devastación y saqueo*, en Capítulo aparte, se recogen los antedichos delitos y se incluye uno nuevo, la *devastación y saqueo* (art. 233), para...

...los militares que, prescindiendo de la obediencia a sus jefes, incendien o destruyen edificios u otras propiedades, saqueen a los habitantes de los pueblos o caseríos, o cometan actos de violencia en las personas.

Asimismo, se castigaba al que despojara de sus vestidos u otros efectos a un herido o prisionero de guerra para apropiárselos (art. 235), y al militar que en la guerra despojara y se apropiara del dinero o alhajas que sus compañeros de armas muertos en el campo de batalla llevaran sobre sí (art. 236)⁵⁴.

2.-1914-1939

2.1.-La Paz de Versalles: el caso káiser Guillermo

En el siglo XX se dio otro paso adelante. Tras la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 (artículos 228 y 229) estableció el derecho de las potencias aliadas a enjuiciar y castigar a los individuos responsables de *violaciones de las leyes y costumbres de la guerra*⁵⁵. En particular, en el artículo 228 se afirmaba que...

...el Gobierno alemán reconoce el derecho de las Potencias aliadas y asociadas a someter a los tribunales militares a las personas acusadas

54.-¿Se cumplieron estas normas? Según ciertas opiniones, no. Así, DE VARONA HERNÁNDEZ afirma que el comportamiento de las fuerzas españolas en la Guerra de Cuba fue contrario al Derecho de Gentes. Como ejemplos de decisiones y normas contrarias al mismo, señala, por ejemplo, el *Bando de Piratería* de marzo de 1869, la *Proclama de Valmaseda*, de 4 de abril de 1869 y el *Bando de Reconcentración de Weyler*, de 21 de octubre de 1896. En la *Proclama de Valmaseda*, se estableció, además de otros extremos, lo siguiente: 1.-*Todo hombre, desde la edad de 15 años en adelante, que se encuentre fuera de su finca, como no acredite un motivo justificado para ello, será pasado por las armas.* 2.-*Todo caserío que no ondee un lienzo blanco en forma de bandera para acreditar que sus moradores desean la paz, será reducido a cenizas.* Por su parte, el *Bando de Weyler* establecía, entre otras cosas, lo siguiente: *Todos los habitantes en los campos o fuera de la línea de fortificación de los pueblos, se reconcentrarán en el término de 8 días en los pueblos ocupados por las tropas. Será considerado rebelde y juzgado como tal, todo individuo que transcurrido ese plazo se encuentre en despoblado.* Cf. VARONA HERNÁNDEZ, María de los Angeles de, "El Derecho Internacional Humanitario: respeto y violación, en algunos pasajes de la Historia de Cuba", en Internet, <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/>.

55.-Cf. *The Treaties of Peace 1919-1923, Vol. I*, Nueva York: Carnegie Endowment for International Peace, 1924, p. 121

de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra.

El Gobierno alemán tenía la obligación de entregar a *todas las personas acusadas*, a fin de que un tribunal militar aliado pudiera juzgarlas. Se disponía que, en caso de que un individuo fuese declarado *culpable de actos criminales contra nacionales de más de una de las Potencias aliadas y asociadas*, podía constituirse un tribunal internacional.

Por otra parte, en el artículo 227 se declaraba que el Káiser Guillermo II era responsable *de un delito se suma gravedad contra la ética internacional y la inviolabilidad de los tratados*. Así pues, para juzgar al acusado las Potencias Aliadas aprobaron la conformación de un *tribunal especial* compuesto por jueces designados por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. *En su decisión, el tribunal deberá guiarse por los más altos designios de política internacional, con miras a reivindicar las obligaciones solemnes de los compromisos internacionales y la validez de la ética internacional*. Las Potencias acordaron someter asimismo al Gobierno de los Países Bajos una solicitud de entrega del Emperador, iniciativa que no tuvo éxito, ya que Holanda negó la extradición en 1920. Junto a esta petición, los Aliados entregaron una lista con un número considerable de alemanes a los que pretendían extender las responsabilidades por delitos cometidos durante las hostilidades. Como curiosidad diremos que en su letra G figuraba Herman Goering. El gobierno alemán tampoco entregó a los militares reseñados en la lista, pero transigió, no obstante, con el enjuiciamiento por tribunales alemanes de ciertos casos de especial transcendencia. El Tribunal⁵⁶ del Reich, constituido en Leipzig, juzgó doce casos de y absolvió en seis de ellos .

2.2.-La primera referencia represora en la postguerra realizada por vía convencional

Sin duda teniéndose presentes los antecedentes vistos, el Convenio de Ginebra de 1929 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, contenía, en su artículo 30, una disposición en la que también se empezaba a perfilar la responsabilidad penal que estudiamos:

...A petición de un beligerante deberá abrirse una investigación según la forma que ha de fijarse entre las partes interesadas, a propósito de toda violación del Convenio que se alegase; una vez comprobada la violación, los beligerantes le pondrán término y la reprimirán lo más pronto posible.

Por primera vez se avanzaba por este camino, ya que los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, así como el Convenio de Ginebra de 1929, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra,⁵⁷ no contenían disposiciones sobre el castigo de individuos que violaran sus normas .

2.3.-Las aportaciones de Lemkin: el primer intento de sistematización

56.-HEYDECKER, Joe J, y LEEB, Johannes, *El proceso de Nuremberg*, Barcelona: Ed. Bruguera, 1975.

57.-SCOTT, J. B., *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, Nueva York: Carnegie Endowment for International Peace, 1915.

A finales de noviembre de 1944, poco antes de ser declarado *libro judío del mes*, la Columbia University Press publicó discretamente un grueso volumen titulado *Axis Rule in Occupied Europa: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*⁵⁸, patrocinado por la división de publicaciones de Derecho Internacional del *Carnegie Endowment for International Peace*. Escrito por un desconocido en Estados Unidos llamado RAPHAEL LEMKIN, llegó a ser una de las obras más relevantes del pensamiento político de los años cuarenta y cincuenta de este siglo y una de las referencias fundamentales del proceso de Nuremberg.

LEMKIN nació el 24 de junio de 1901 en Bezwodene, Polonia. Estudió Derecho y Filología en la Universidad de Lwow (Polonia) y Heidelberg (Alemania). Su primer empleo fue de secretario del *Tribunal de Apelación de Varsovia*, y después fiscal en dicha ciudad, en 1925. Representó a Polonia en diversas conferencias como delegado en la Sociedad de Naciones, en especial, durante 1929 como *Secretario de la Comisión de Leyes de la República Polaca*. Con estos cargos representó a Polonia en la *V Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Criminal*, que tuvo lugar en Madrid en 1933. Fue aquí donde hizo su primera propuesta, por la que solicitaba a la Sociedad de Naciones la redacción de un documento que condenase las *matanzas en masa* sucedidas antes, durante y después de la Primera Guerra Mundial. En 1935 se separó de la Administración polaca y presumiblemente volvió al ejercicio privado de la abogacía en Varsovia. Una vez invadida Polonia por Alemania y la URSS, se convirtió en partisano y más tarde emigraría a Suecia y a Estados Unidos, donde viviría hasta su muerte, en 1959⁵⁹. Varios aspectos de su biografía serán determinantes para el éxito de sus planteamientos: LEMKIN era judío, su familia murió en el Holocausto y fue diezmada, antes de los años cuarenta por los *pogroms* soviéticos; era polaco, una de las naciones más devastadas en la guerra y, finalmente, doctor en Derecho.

Las primeras propuestas de LEMKIN fueron planteadas en las *V Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal*, celebrada en Madrid en 1933, bajo auspicios de la Sociedad de Naciones. Era preciso establecer una categoría de delitos, común para toda la comunidad internacional, bajo la denominación genérica de *delicta iuris gentium*, mediante la cual se protegieran ciertos valores colectivos, como el derecho a la vida en el seno de una comunidad étnica o religiosa, la producción artística y las telecomunicaciones. La nueva familia de delitos se compondría básicamente de dos tipos: el *vandalismo* y la *barbarie*. El delito de barbarie consistía en tomar parte en masacres u otras atrocidades colectivas contra la población indefensa. Concurrían cinco elementos constitutivos del tipo, a saber⁶⁰:

- 1.-Empleo de violencia que pruebe las móviles antisociales y crueles de los actores.
- 2.-La acción sistemática y organizada.
- 3.-La acción no se dirige contra personas determinadas, sino contra la población o un grupo de ciudadanos, es decir, no es solamente colectiva

58.-LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*, Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

59.-Sobre su biografía, cf. *Encyclopedia of the Holocaust*, Nueva York: Macmillan Publishing Company, 1990; también, la página web <http://huc.edu/aja/Lemkin.htm>.

60.-GIL GIL, Alicia, *derecho penal internacional*, op. cit., p. 151; y *Actes de la V Conférence Internationale pour l'Unification du Droit Penal*, París: Ed. Pedone, 1935, p. 48 y sis.

sino dirigida contra una cierta colectividad.

4.-La colectividad atacada está indefensa.

5.-La intención con que se realiza puede consistir en la intimidación de la población.

El delito de vandalismo consistía en la destrucción dolosa de obras de arte y bienes culturales de importancia reconocida⁶¹. Esta primera aproximación fue modificada a finales de 1933. De acuerdo con las *Additional explications to the Special Report presented to the 5th Conference for the Unification of Penal Law in Madrid (14 -20 October 1933)*⁶², propuso un texto que debía ser el fundamento de un futuro tratado internacional en el que se castigarían ambos delitos. Su tenor literal es el siguiente:

Following a special invitation on behalf of the Steering Committee, an invitation of for which I feel flattered, I have the honor of presenting to this distinguished conference a report on this question, which, having been many times discussed during International Conferences for the Unification of the Criminal Law, could not until now lead to consensus and agreement among the many erudite and eminent opinions expressed on this subject. This question is related to the initiative of the Conference of Warsaw (1927), which placed among the offences of law of nations "intentional use of any instrument capable of producing a public danger" [l'emploi intentionnel de tous moyens capables de faire courir un danger commun].

The 3rd Conference for the Unification of the Criminal Law (Brussels, 1930) considered the question of creating a code of offences, using the formula of the Conference of Warsaw as starting point for their deliberation. The Steering Committee of the Conference of Brussels added to the Warsaw Formula, between brackets, the word "terrorism." This accidental supplement later became of such importance, that it then was treated as the principal subject, to the detriment of the original question; one ceased dealing with the intentional use of any instrument capable of producing a public danger, instead attempting to codify a new offence, terrorism.

These efforts succeeded neither in Brussels, nor in Paris. The task could not be accomplished, because terrorism does not have a synthetic legislative form. "Terrorism" does not constitute a legal concept; "terrorism," "terrorists," "acts of terrorism" are expressions employed in the daily speech and the press to define a special state of mind among the perpetrators who still carry out from their actions the particular offences. Therefore Professor Rocco was right to raise the point during the discussion with the Conference of Paris, that terrorism does not present a uniform design, but embraces a large variety of different criminal acts.

In this state of affairs, we are of opinion that the creation of a new offence against the law of nations called terrorism would be useless and superfluous; it is rather mutatis-mutandis necessary to return to the formula of Warsaw, and by way of analysis to create a series of provisions, relating to acts so harmful and dangerous to the international community that their character as offences against the law of nations would be considered by tone as indicated and necessary and could not raise any objection. But the notion of public danger on which the Warsaw Formula is based, is

61.-Ibid.

62.-<http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>.

much too limited and should be widened still further. It is not particularly a question of public danger (danger commun), but of a broader concept, general danger, that we want to call transnational danger (danger interetatic). Public danger threatens personally indeterminate individuals or an indeterminate quantity of the goods on a given territory, while general (transnational) danger threatens the interests of several States and their inhabitants. Thus, for example, the arson of a house is an act which presents a public danger, because fire may be transferred to neighboring houses, but this act cannot be regarded as an offence against the law of nations, because it does not present any threat to the interests of the international community.

On the basis of the Warsaw Formula, modified slightly as follows: ". . . intentional use of any instrument capable of producing a general (transnational) danger," [. . . emploi intentionnel de tous moyens capables de faire courir un danger général (interétatique)], I have the honor of proposing to this distinguished conference to place among the offences of law of nations the following offences: a) acts of barbarity, b) acts of vandalism, c) provocation of catastrophes in international communications, d) intentional interruption of international communications, e) propagation of human, animal or vegetable contagions.

The acts of barbarity

If we analyze the driving ideas of certain offences against the law of nations, like trade in slaves and trade in women and children, we see that if these offences are regarded as punishable, it is due to humane principles. In this case the principles are, above all, to protect the freedom and the dignity of the individual, and to prevent human beings from being treated as merchandise.

Some other provisions relating to the offences against the law of nations relate to the protection and maintenance of the normal peaceful relations between collectivities, for example the offence of the propaganda for a war of aggression. The prohibitions of such attacks have as a goal to assure good cultural and economic relations between nations.

Therefore we find that some offences concern attacks on individual human rights (when they are of such importance that they interest the entire international community), while other offences relate to the relations between the individual and the collectivity, as well as the relationship between two or more collectivities.

However, there are offences which combine these two elements. In particular these are attacks carried out against an individual as a member of a collectivity. The goal of the author [of the crime] is not only to harm an individual, but, also to cause damage to the collectivity to which the later belongs. Offences of this type bring harm not only to human rights, but also and most especially they undermine the fundamental basis of the social order.

Let us consider, first and foremost, acts of extermination directed against the ethnic, religious or social collectivities whatever the motive (political, religious, etc.); for example massacres, pogroms, actions undertaken to ruin the economic existence of the members of a collectivity, etc. Also belonging in this category are all sorts of brutalities which attack the dignity of the individual in cases where these acts of humiliation have their source in a campaign of extermination directed against the collectivity in which the victim is a member.

Taken as a whole, all the acts of this character constitute an offense against

the law of nations which we will call by the name "barbarity." Taken separately all these acts are punishable in the respective codes; considered together, however, they should constitute offenses against the law of nations by reason of their common feature which is to endanger both the existence of the collectivity concerned and the entire social order. The impact of acts like these usually exceed relations between individuals. They shake the very basis of harmony in social relations between particular collectivities.

Considering the contagious character of any social psychosis, actions of this kind directed against collectivities constitute a general (transnational) danger. Similar to epidemics, they can pass from one country to another. The danger formed by these actions has the tendency to become stable since the criminal effects, which cannot be addressed as an isolated punishable act, require, on the contrary, a whole series of consecutive responses.

It should be stressed here that the act of barbarity not only injures the moral interests of the international community, but, also its economic interests. Indeed, acts of barbarity carried out in an organized and systematic fashion, often cause the emigration or the disorganized flight of the population of one State to another which can cause damaging repercussions in the economic situation in the State of immigration, given the difficulties of finding work and the lack of means of existence among immigrants. Moreover this milieu of the uprooted is a fertile ground for all kinds of asocial tendencies (see for example the recent assassination of the President of the French Republic [Paul Doumer, killed May 7, 1932])
Acts of vandalism (destruction of the culture and works of art).

An attack targeting a collectivity can also take the form of systematic and organized destruction of the art and cultural heritage in which the unique genius and achievement of a collectivity are revealed in fields of science, arts and literature. The contribution of any particular collectivity to world culture as a whole, forms the wealth of all of humanity, even while exhibiting unique characteristics. Thus, the destruction of a work of art of any nation must be regarded as acts of vandalism directed against world culture. The author [of the crime] causes not only the immediate irrevocable losses of the destroyed work as property and as the culture of the collectivity directly concerned (whose unique genius contributed to the creation of this work); it is also all humanity which experiences a loss by this act of vandalism.

In the acts of barbarity, as well as in those of vandalism, the asocial and destructive spirit of the author is made evident. This spirit, by definition, is the opposite of the culture and the progress of humanity. It throws back the evolution of ideas to the bleak period of the Middle Ages. Such acts shock the conscience of all humanity, while generating extreme anxiety about the future. For all these reasons, acts of vandalism and barbarity must be regarded as offenses against the law of nations.

Provocation of catastrophes in International Communication (voluntary interruption of the exploitation of the telegraph, the telephone, post office and T. S. F. - Propagation of the contaminations).

As a highly desirable good for the international community it is necessary to recognize without any doubt the security of international communications, whether by ground, sea or air. The provocation of a railway catastrophe in one State at the same

time impacts international communications, without failing to mention that citizens of several States can be victims. These acts constitute a general danger of the greatest importance. The many recent cases of catastrophic railway disasters (the attempt to derail the train near Basle, the affaire Matuschka), testify to a certain predilection of criminality in the direction of attacks easy to carry out and incalculable in consequences. What could be easier than placing on the railway, in a deserted place, stones or other obstacles? It is very difficult to apprehend the author and the consequences are expressed in the deaths of hundreds of innocent victims.

While establishing repression for the offences of this type, the legislator must start from the point of view of prevention as broad as possible, the facility to commit such a crime, as we mentioned above, being very large and the chances to discover the culprit, tiny. It is thus necessary to try to deter the criminals in a special fashion. This is why in the event of the provocation of a catastrophe in ground, sea or air communications, the most severe penalty envisaged by the Code in question will have to be applied. It is also necessary to recognize as a good of international value the security of the postal, telephone telegraphic and T. S. F. communications. Acts directed against these installations cause a disturbance in international relations and cause obstacles to international life. The rupture of a telephone line in a small sector in any State, simultaneously stops the connection between many States linked by the damaged sector.

In the same way, it is necessary to regard as an offense against the law of nations the spread of the human, animal or vegetable contagions. This offense introduces a general (transnational) danger, because these diseases can so easily spread and propagate from one country to another and cause serious disasters.

Proposed legislation

In the view of the above mentioned considerations, I have the honor of proposing to the 5th Conference for the Unification of Penal Law the following project of legislative text for the above-mentioned offenses, which were approved by the President of the Polish Commission for International Legal Co-operation, Professor E. St. Rappaport.

Proposed text

Art. 1) Whoever, out of hatred towards a racial, religious or social collectivity or with the goal of its extermination, undertakes a punishable action against the life, the bodily integrity, liberty, dignity or the economic existence of a person belonging to such a collectivity, is liable, for the offense of barbarity, to a penalty of . . . unless punishment for the action falls under a more severe provision of the given Code.

The author will be liable for the same penalty, if an act is directed against a person who has declared solidarity with such a collectivity or has intervened in favor of one.

Art. 2) Whoever, either out of hatred towards a racial, religious or social collectivity or with the goal of its extermination, destroys works of cultural or artistic heritage, is liable, for the offense of vandalism, to a penalty of . . . unless punishment for the action falls under a more severe provision of the given Code.

Art. 3) Whoever knowingly causes a catastrophe in the international communication by ground, sea or air by destroying or removing the systems which ensure the regular operation of these communications, is liable to imprisonment for a

period of . . .

Art. 4) *Whoever knowingly causes an interruption in the international postal, telegraph or telephone communication by removing or by destroying the systems which ensure the regular operation of these communications, is liable to a penalty of .*

..

Art. 5) *Whoever knowingly spreads a human, animal or vegetable contagion is liable to a penalty of . . .*

Art. 6) *The instigator and the accomplice are subject to the same punishment as the author.*

Art. 7) *Offenses enumerated in Articles 1 - 6 will be prosecuted and punished independently of the place where the act was committed and of the nationality of the author, in accordance with the law in force in the country of the prosecution.*

Proposal with regard to a convention

It is desirable and that an International Convention is concluded to ensure the repression of all the above-mentioned offenses.

En 1945, LEMKIN da un paso más en sus aportaciones teóricas e idea la denominación *genocidio* para referirse a la eliminación dolosa de colectividades integradas por elementos diferenciales propios (judíos, gitanos, polacos, etc). Se superan así el *vandalismo* y la *barbarie* como tipos que, en suma, no dejaban de ser una mera aproximación a lo que se entendería más tarde por genocidio. A imagen de otros términos jurídicos, se compone de dos elementos lingüísticos: *gens* (raza, familia, clan) y la terminación *cidio* (muerte), como también en el *homicidio*, el *uxorcidio*, el *magnicidio*, el *parricidio* o el *tiranicidio*. Será en este año cuando vea la luz su artículo "Genocide, A Modern Crime", en el que sienta las bases jurídicas de lo que entiende como nuevo tipo, al tiempo que propone una serie de medidas para su reconocimiento, vía tratado internacional, unificadamente por la comunidad internacional. LEMKIN, no obstante, no aborda un tema que adquirirá importancia cincuenta años después, en el caso *Pinochet*. ¿cuáles son los elementos definitorios del grupo y que le dan carta de naturaleza, a los efectos de protección del tipo, frente a otras colectividades humanas? El autor, cuando menciona el sujeto paciente del genocidio, esto es, la colectividad sobre la que se actúa ilegalmente, menciona tres categorías: *grupos nacionales, raciales o religiosos*. Evidentemente, la segunda y la tercera no plantean graves problemas de definición previa. Grupos raciales (el gitano o la raza judía, por ejemplo, en las zonas dominadas por las potencias del eje, o el chino en la Manchuria projaponesa) o religiones (la judía en la Alemania nazi o la católica en la zona afecta al Frente Popular español en la guerra civil⁶³) han sido,

63.-MONTERO MORENO, Antonio, Historia de la persecución religiosa en España, 1936-1939, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1999. El autor señala (p. 762) que fueron asesinados, por el mero hecho de ser consagrados, 4.184 miembros del clero secular, 2.365 religiosos y 283 religiosas en España, desde 1936 a 1939, por las fuerzas y milicias afectas al Frente Popular, lo cual suma un total de 6.832 víctimas de la persecución religiosa, realizada por los partidos de izquierda. En algunas localidades fueron asesinados porcentajes muy altos de la población de religiosos que poseían antes de la guerra, como por ejemplo Barbastro (87,8 % del total), Almería (32 %), Lérida (65,8 %), Málaga (48,7 %) o Toledo (47,6 %) (Ibid., p. 763). Para mayor información sobre los asesinatos perpetrados por los miembros de los distintos partidos de izquierda durante la Guerra Civil, cf. CAUSA GENERAL, LA DOMINACIÓN ROJA EN ESPAÑA, AVANCE DE LA INFORMACIÓN INSTRUÍDA POR EL MINISTERIO PÚBLICO, Madrid: Ministerio de Justicia, 1943. La Causa General fue creada por Decreto de 26 de abril de 1940, ratificado por otro de 19 de junio de 1943, en virtud de los cuales se atribuía al Ministerio Fiscal la investigación de los crímenes cometidos por las fuerzas afectas al Frente Popular español, en los territorios sobre los que ejerció

históricamente, sujetos colectivos sometidos a genocidio. Las persecuciones romanas a los cristianos son un ejemplo prototípico. Además, se diseñaron y ejecutaron políticas concretas de exterminio de los individuos pertenecientes a estas colectividades con el fin de eliminar las colectividades mismas. ¿Pero en el caso del *grupo nacional*, de qué hablamos? Puede entenderse que estará formado por una comunidad que pertenece a un Estado existente, que fue Estado independiente, que tiene un cierto grado de organización autónoma, que lucha en una guerra de liberación colonial o de ocupación, si bien el elemento adhesivo interno ya que define su existencia grupal no deben ser raza ni religión. Se pretende eliminar el grupo en tanto posee *el signo distintivo de lo nacional*, en acto o en potencia. Ejemplos serían los españoles o *godos* después de la *declaración de guerra a muerte* de Bolívar, tras las victorias de José Tomás Boves (1782-1814), *Comandante del Ejército de Barlovento en la Provincia de Venezuela*⁶⁴, contra el *libertador* en Puerto Cabello, Barquisimeto, La Puerta, Valencia y Caracas⁶⁵; los armenios tras la Primera Guerra Mundial o los kurdos y tibetanos en la actualidad. Pero también puede interpretarse de forma más abierta, de tal manera que el grupo nacional esté compuesto por distinto sujetos a los que se pueda indentificar mediante una característica común y propia que les diferencia del resto de la población de un Estado, es decir, de la *población nacional*, como por ejemplo, los militantes chilenos de izquierda, que formarían un *grupo nacional* distinto de los militantes chilenos de derechas, o los homosexuales argentinos respecto a los heterosexuales de la misma nacionalidad. Así se ha hecho en el *caso Pinochet*. Según GIL⁶⁶, esta interpretación, demasiado amplia a su entender, supondría una reducción de los delitos contra la humanidad a un concepto jurídico prácticamente inaplicable, por el *efecto expansivo* del genocidio. Este delito debería quedar circunscrito al grupo nacional susceptible de ser considerado, en acto o en potencia, nación, y capaz, aunque no sea así al momento de cometerse el delito, de constituirse en Estado o comunidad políticamente organizada (las comunidades judías asentadas en Palestina antes de la constitución del Estado de Israel, el pueblo palestino, el pueblo kurdo, etc). El tenor del citado artículo de LEMKIN es el siguiente⁶⁷ :

Genocidio, un crimen moderno

su autoridad desde el inicio de la Guerra Civil. También CASAS DE LA VEGA, Rafael, *El terror, Madrid 1936*, Madrid: Editorial Fénix, 1994; y DE LA CIERVA, Ricardo, *Carrillo miente.. 156 documentos contra 103 falsedades*, Madrid: Editorial Fénix, 1994.

64.-Tal título está recogido de la lápida del monumento que le erigió la colonia asturiana de Buenos Aires al abrirse en Oviedo la calle que lleva su nombre. Entre los empleos del Ejército que ostentó Boves podemos citar los siguientes: *Oficial de Urbanos* (1812), *Comandante Militar de Calabozo* (1813), *Comandante de la Caballería Urbana de Calabozo* y Coronel, nombrado por Real Orden de 6 de octubre de 1814. Cf. VALDIVIESO MONTAÑO, A, *Tomás Boves*, Oviedo: Grupo Editorial Asturiano, 1990, ps. 35, 56 y 57.

65.-Boves ha sufrido insultos consuetudinarios a manos sudamericanas; así, por ejemplo, *demonio en figura de hombre* (según O'Leary), *demonio de carne humana* (según Bolívar), *aborto infernal* (según Juan Vicente González), *idolillo feroz*, *jefe de horda*, *sanguinario*, *bandolero*, *saqueador cruel*, etc. Los comandantes de las fuerzas separatistas han sido bautizados sin embargo como *libertadores* y *patriotas*, aunque desencadenaron y realizaron el mismo tipo de guerra feroz de la que se acusaba a los realistas. Bermúdez, Arismendi y Ribas, del bando separatista, han pasado a la historia junto al mismo Bolívar con su *guerra a muerte*, como ejemplos de crueldad innecesaria, aunque útil como instrumento de terror psicológico. Cf. VALDIVIESO MONTAÑO, A, *Tomás Boves*, op. cit., ps. 33 y sis, y 63 y sis.

66.-GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, op cit.

67.-LEMKIN, R., "Genocide, A Modern Crime", *Free World*, vol. 4 (April, 1945), ps 39 y sis; se puede consultar en <http://www.preventgenocide.org/lemkin/freeworld1945.htm>.

I.-Un crimen que no tiene nombre

La última guerra ha centrado nuestra atención en el fenómeno de la destrucción de poblaciones enteras -de grupos nacionales, raciales o religiosos- tanto biológica como culturalmente. Las prácticas alemanas, especialmente en el curso de la ocupación, son demasiado conocidas. Su plan general era ganar la paz con la idea de la pérdida de la guerra, y que el objetivo podría ser alcanzado a través del cambio exitoso de las interrelaciones políticas y demográficas en Europa a favor de Alemania. La población no destruida iba a ser integrada en los patrones culturales, políticos y económicos de Alemania. De esta manera la destrucción de una masa de nacionalidades fue planeada a través de la Europa ocupada.

Los líderes nazis reconocieron expresamente su intención de destruir por completo a los polacos y los rusos; de destruir demográfica y culturalmente el elemento francés en Alsacia-Lorena, y los eslavos en Carniola y Carintia. Casi que logran su objetivo de exterminar los judíos y los gitanos en Europa. Obviamente, la experiencia alemana es la más impresionante y la más deliberada y completa, pero la historia nos ha proporcionado otros ejemplos de la destrucción de naciones enteras, así como de grupos étnicos y religiosos. Así, por ejemplo, la destrucción de Cartago; la de los grupos religiosos en las guerras islámicas y las Cruzadas; las masacres de los albaneses y los waldenses; y más recientemente, la masacre de los armenios.

Mientras la sociedad ha puesto su protección contra los crímenes de los individuos, o mejor a los crímenes dirigidos contra los individuos, no ha habido un empeño serio hasta la fecha para prevenir y sancionar la muerte y destrucción de millones. Aparentemente, no hay siquiera un nombre adecuado para este fenómeno. Refiriéndose a la carnicería nazi en la presente guerra, Winston Churchill dijo en su emisión de Agosto de 1.941, "estamos en presencia de un crimen que no tiene nombre".

2.- La palabra "genocidio"

¿Será el de asesinato en masa un nombre adecuado para un fenómeno como este?. Pensamos que no, toda vez que no resalta la motivación del crimen, especialmente cuando la motivación está basada en consideraciones raciales, nacionales o religiosas. Un intento de destruir una nación y borrar su personalidad cultural ha sido llamado desnacionalización, hasta la fecha. Este término aparece inadecuado, ya que no resalta la destrucción biológica. Del otro lado, este término es mayormente usado para comunicar o definir un acto de privación de la nacionalidad. Muchos autores, en vez de usar un término genérico, utilizan términos que resaltan únicamente algún aspecto funcional de la noción genérica primordial de la destrucción de naciones y razas. Así, los términos "germanización", "italianización" y "hungarización" son frecuentemente utilizados para significar la imposición por una nación más fuerte (Alemania, Italia, Hungría), de su grupo nacional controlado por aquella. Estos términos son inadecuados desde que ellos no comunican la destrucción biológica, y no pueden ser usados como término genérico. En el caso de Alemania, sería ridículo hablar de la germanización de los judíos o los polacos en la Polonia Occidental, en la medida en que los alemanes deseaban la completa erradicación de estos grupos.

Hitler declaró muchas veces que la germanización podría realizarse con la tierra, nunca con los hombres. Estas consideraciones llevan al autor de este artículo a acuñar un nuevo término para este concepto particular: genocidio. Esta palabra esta formada por la antigua palabra griega genos (raza, clan) y el sufijo latino cidio (matar). Así, genocidio en esta formación podría corresponderse con palabras tales como tiranicidio, homicidio y parricidio.

3.-Un crimen internacional

Genocidio es el crimen de la destrucción de grupos nacionales, raciales o religiosos. El problema ahora apunta a establecer si es un crimen que sólo tiene importancia nacional, o un crimen en el cual la sociedad internacional en cuanto tal debería estar vitalmente interesada. Muchas razones hablan en favor de la segunda alternativa. Sería poco práctico tratar el genocidio como un crimen nacional, desde que en su naturaleza misma está conformada por el estado o por grupos de poder que tienen el respaldo del estado. Un estado nunca perseguirá un crimen instigado o respaldado por él mismo.

Por su precisa naturaleza legal, moral y humanitaria, debe ser considerado un crimen internacional. La conciencia de la humanidad ha sido sacudida por este tipo de barbaridades en masa. Ha habido muchos ejemplos de estados expresando su interés por el tratamiento que otro estado la dá a sus ciudadanos. Los Estados Unidos reprendieron el gobierno de la Rusia zarista así como al de Rumania por las horripilantes masacres organizadas que ellos instigaron o toleraron. También ha habido acción diplomática en respaldo de los griegos y los armenios cuando ellos estaban siendo masacrados por los turcos. Los estados han celebrado tratados internacionales por los que asumen obligaciones específicas en el tratamiento de sus propios nacionales. Debemos, a este respecto, referirnos al tratado celebrado entre los Estados Unidos y España en 1898, en el cual el libre ejercicio de la religión fué asegurada por los Estados Unidos para los habitantes de los territorios que le eran cedidos.

Otro ejemplo clásico del interés internacional en el tratamiento de los ciudadanos de otros estados por sus gobiernos, es proveído por los tratados de las minorías bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones que fueron firmados por un número de países europeos después de la Primera Guerra. Por otra parte, la declaración de la Octava Conferencia Internacional de que cualquier persecución sobre la base de motivos raciales o religiosos que hagan imposible para un grupo de seres humanos vivir decentemente es contraria a los sistemas políticos y judiciales de América. La Carta de la Organización de las Naciones Unidad también prevé para la protección internacional de los derechos humanos, indicando que la negación de tales derechos por cualquier estado es una materia que concierne a toda la humanidad.

Las consideraciones culturales hablan en favor de la protección internacional de grupos nacionales, religiosos y culturales. Toda nuestra herencia es producto de las contribuciones de todas las naciones. Podremos entender esto mejor cuando nos percatemos qué tanto se habría empobrecido nuestra cultura si a los pueblos sentenciados por Alemania, como el de los judíos, no se les hubiera permitido crear la Biblia, o dar a luz a un Einstein, o un Spinoza; si los polacos no hubieran tenido la oportunidad de darle al mundo un Copérnico, un Chopin; los checos, un Huss, un

Dvorak; los griegos un Platón o un Sócrates; los rusos, un Tolstoi o un Shostakovich.

También existen consideraciones prácticas. Las expulsiones de Alemania de los residentes que observaban la ley, antes de que esta guerra creara fricciones con los países vecinos a los cuales fueron expulsadas estas personas. Las persecuciones en masa forzaron los vuelos en masa. Así, la migración normal entre países asume dimensiones patológicas. Por otro lado, el comercio internacional depende de la confianza en la capacidad de los individuos participantes en el intercambio de bienes para cumplir sus obligaciones. La arbitrariedad y las confiscaciones al por mayor de las propiedades de grupos enteros de ciudadanos de un estado por razones raciales o de otra índole los priva de su capacidad para eximir sus obligaciones con ciudadanos de otros estados. Muchos ciudadanos americanos fueron privados de su posibilidad de reclamar las deudas en que habían incurrido importadores alemanes después de que estos importadores fueron destruidos por el régimen de Hitler. Finalmente, el genocidio en tiempo de paz crea tensiones internacionales y conduce a la guerra. Fue usado por el régimen nazi para fortalecer la supuesta unidad y el control totalitario del pueblo germano como una preparación para la guerra.

4.-Estructura Legal

Una vez que hemos reconocido las implicaciones internacionales de las prácticas genocidas, debemos crear la estructura legal para el reconocimiento del genocidio como crimen internacional. La principal característica de un crimen internacional es el reconocimiento de que por causa de su importancia internacional debe ser penado y punible a través de la cooperación internacional. El establecimiento de la maquinaria internacional para este sancionamiento es esencial.

Así, ha sido reconocido por la ley de las naciones y por los códigos criminales de muchas naciones que los crímenes que afectan el bien común de la humanidad, como, por ejemplo, piratería, producción ilegal y comercio de narcóticos, falsificación de moneda, comercio de mujeres y niños, comercio de esclavos, son todos crímenes internacionales (*delicta juris gentium*). Para estos crímenes, ha sido adoptado el principio de la represión universal, por el cual el acusado puede ser sancionado no sólo ante las cortes del país en que ha sido perpetrado el crimen, sino también en las cortes del país en el cual el acusado fue aprehendido si escapó a la justicia de su propio país. Por ejemplo, un falsificador de moneda corriente que cometió su crimen en París y escapa a Praga, puede ser sancionado válidamente en esta última ciudad.

En 1933, en la Quinta Conferencia Internacional para la Unificación de la Ley Penal (bajo los auspicios del Quinto Comité de la Sociedad de Naciones) el autor del presente artículo introdujo una propuesta orientada a este tipo de jurisdicción para actos de persecución en relación con lo que ahora es llamado genocidio. Infortunadamente, para ese tiempo, la propuesta no fue adoptada. De haber sido adoptado este principio en ese tiempo por tratado internacional, no tendríamos ahora todas las discusiones acerca de la ley *ex post facto*, en relación con los crímenes cometidos por el gobierno alemán en contra de sus propios ciudadanos antes e la población del país ocupado.

5.-Genocidio en tiempo de guerra

El genocidio puede ser materializado a través de actos contra los individuos, cuando la intención última es la de inhabilitar al grupo entero compuesto por estos individuos; cada acto específico de genocidio dirigido en contra de los individuos como miembros de un grupo nacional o religioso es ilegal bajo la Convención de La Haya. Si el asesinato de un judío o de un polaco es un crimen, el asesinato de todos los judíos y de todos los polacos no es menos crimen. Mas aún, el intento criminal de matar o destruir todo los miembros de un grupo de esos, muestra premeditación y deliberación y un estado de sistemática criminalidad que es sólo una circunstancia de agravación para la sanción.

El genocidio ha sido incluido en la acusación de la mayoría de los criminales de guerra en los juicios de Nuremberg. Se lee como sigue:

Ellos (los acusados) condujeron un genocidio sistemático y deliberado -la exterminación de grupos raciales y nacionales- contra poblaciones civiles de ciertos territorios ocupados en orden a la destrucción de razas particulares y clases de personas, y grupos naciones, raciales o religiosos, particularmente judíos, polacos, gitanos y otros.

Por la inclusión del genocidio en la acusación, la magnitud de los crímenes nazis ha sido descrita con mayor precisión. Mas aún, como en el caso del homicidio, la derecho natural a la existencia de los individuos se encuentra implicado: por la formulación del genocidio como crimen, el principio de que grupo nacional, racial o religioso tiene un derecho natural a la existencia es reafirmado. Los ataques sobre grupos como estos son una violación a aquel derecho a existir y a desarrollarse dentro de una comunidad internacional como miembros libres de una sociedad internacional. Por lo tanto, genocidio no es solamente un crimen contra las reglas de la guerra, sino un crimen contra la humanidad.

Únicamente después de la cesación de las hostilidades puede revisarse el horrible cuadro de los genocidios cometidos en los países ocupados. Durante la ocupación militar se filtraron rumores sin confirmar detrás de la cortina de hierro cubriendo la Europa esclavizada. A la Cruz Roja Internacional se le impidió visitar los países ocupados y reunir información acerca de los malos tratos a la población civil. Eso sucedió porque la Convención de Génova la daba a la Cruz Roja Internacional el derecho de supervisar y controlar únicamente el tratamiento de prisioneros de guerra. Una situación paradójica se suscitó: hombres que fueron al campo de batalla con una expectativa considerable de morir sobrevivieron, mientras que sus familias, que habían quedado atrás en supuesta seguridad, fueron aniquiladas.

El autor del presente artículo ha propuesto en su libro Las Reglas del Eje sobre la Europa Ocupada que la ley internacional debe ser cambiada de tal manera que en tiempo de guerra el tratamiento de poblaciones civiles se encuentre también bajo la supervisión de un cuerpo internacional como la Cruz Roja Internacional. El periódico sueco Dagens Nyheter, de Noviembre 2 de 1.945, anunció que el director de la Cruz Roja sueca, Count Bernadotte se refirió a la propuesta del autor como aceptable para ser considerada en la futura conferencia de la Cruz Roja Internacional, y declaró que la Cruz Roja sueca la respaldaría. Mientras el autor se complace por este desarrollo, espera que otros gobiernos apoyen la propuesta para cambiar la ley internacional.

6.-Propuestas

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, el autor propone que las Naciones Unidas, en la forma en que están organizadas actualmente, junto con otros países invitados, celebren un tratado internacional que formule el genocidio como un crimen internacional, orientado a la prevención y sancionamiento en tiempo de paz y guerra. Este tratado, básicamente, debería incluir, entre otras cosas, los siguientes principios:

- 1. El crimen de genocidio debería ser reconocido dentro de una conspiración para exterminar grupos nacionales, religiosos o raciales. Los actos explícitos de una tal conspiración pueden consistir en ataques contra la vida, la libertad o la propiedad de los miembros de tales grupos únicamente a causa de sus afiliación a tales grupos. La formulación del crimen podría ser como sigue: "Cualquiera que, a través de la participación en una conspiración para destruir un grupo nacional, racial o religioso, tome parte en un ataque contra la vida, la libertad o la propiedad de los miembros de tales grupos es culpable del crimen de genocidio".*
- 2. El crimen así formulado debería ser incorporado en cada código criminal de las naciones signatarias. Los acusados serían responsables no sólo ante las cortes del país en que se cometió el crimen, sino también que en caso de escapar serían responsables también ante las cortes del país en que hayan sido aprehendidos.*
- 3. Las personas acusadas de genocidio no serían tratadas como delincuentes políticos para los propósitos de extradición. La extradición no sería concedida excepto en casos en que hubiera la suficiente evidencia que indique que el país solicitante perseguirá seriamente a los acusados.*
- 4. La responsabilidad por genocidio recaería en aquellos que dieron o ejecutaron las órdenes, tanto como en aquellos que incitaron la comisión del crimen por cualquier medio, incluyendo la formulación y enseñanza de la filosofía criminal del genocidio. Miembros del gobierno y cuerpos políticos que se organicen o toleren el genocidio serán igualmente responsables.*
- 5. Independientemente de la responsabilidad de los individuos por genocidio, los estados en que tal política tenga lugar tendrán responsabilidad ante al Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. El Consejo podría requerir a la Corte Internacional de Justicia para remitir una opinión para determinar la existencia de un estado de genocidio dentro de un país determinado antes de invocar, entre otras cosas, las sanciones a adoptar en contra del país agresor. El Consejo de Seguridad podría actuar tanto por su propia iniciativa o sobre la base de peticiones remitidas por miembros de un grupo nacional, religioso o racial interesado, residente tanto dentro o fuera del país acusado.*
- 6. La Convención de La Haya y otros tratados pertinentes podrían ser cambiados para el efecto de que en caso de guerra, un cuerpo internacional (como la Cruz Roja Internacional) pueda tener el derecho de supervisar el tratamiento de la población civil por los ocupantes en*

tiempo de guerra en orden a tener certeza si el genocidio está siendo practicado por tal ocupante.

- *7. Un tratado multilateral para la prevención y la sanción del genocidio no debe impedir que dos o mas países puedan entrar en tratados bilaterales o regionales para una más extensa protección en contra del genocidio. En conexión con lo anterior es bueno anotar que los gobiernos aliados de acuerdo con los convenios de Diciembre de 1.945, han decidido celebrar tratados formales de paz con los satélites del Eje como Hungría, Rumania y Bulgaria, que practicaron el genocidio en esta guerra de acuerdo con los patrones alemanes. Tiene gran importancia que las cláusulas anti-genocidio, se incluyan en estos tratados.*

IV

LOS TRIBUNALES MILITARES DE NUREMBERG Y TOKIO

Después de la Segunda Guerra Mundial se inició un movimiento ideológico y renovador del Derecho Internacional: era preciso realizar juicios a las autoridades, mandos militares y funcionarios de las potencias derrotadas que hubieran sido responsables de actos de violación grave de las leyes de guerra⁶⁸. En estos juicios se debían considerar tanto la responsabilidad tradicional de los Estados como la responsabilidad personal de los individuos⁶⁹. Con este fin, los Aliados concertaron rápidamente acuerdos entre sí y, posteriormente, instauraron los Tribunales Internacionales Militares de Nuremberg y Tokio *encargados del juicio y castigo de criminales de guerra por delitos carentes de una ubicación geográfica particular, independientemente de que dichos individuos [estuvieran] acusados de manera individual, en calidad de miembros de organizaciones o grupos, o en ambas calidades*⁷⁰. Estas jurisdicciones especiales tuvieron en cuenta las propuestas de LEMKIN, el nuevo tipo de genocidio, planteado por él, así como otras y nuevas categorías de crímenes internacionales: los *delitos contra la humanidad* y los *crímenes contra la paz*.

68.-El concepto *violaciones graves a las leyes y costumbres de la guerra* es más amplio que el de *infracciones graves*.

69.-*Por primera vez, en un texto convencional se prevén y definen expresamente en sus elementos constitutivos, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes de lesa humanidad. Cf. DAILLER, P., y PELLET, A., Droit international public, París, 1998, p. 676.*

70.-Artículo 1 del Acuerdo de Londres para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, del 8 de agosto de 1945. Sobre el Tribunal de Nuremberg, véase, JESCHEK, Hans-Heinrich, *Nuremberg Trials*, en BERNHART, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam-Nueva York-Oxford: North-Holland Publishing Company, 1982, p. 50. Para mayor información sobre el proceso, véase también el listado siguiente de fuentes de internet:

-<http://www.courttv.com/casefiles/nuremberg/>

-http://www.thehistorynet.com/WorldWarII/articles/11953_text.htm

<http://www.historyplace.com/worldwar2/timeline/nurem.htm>

-<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/01-15-46.htm>

<http://www.kearsarge.k12.nh.us/krms/projects/Holocaust/Nuremberg/Nuremberg%20Trials>

-<http://holocaust.about.com/education/holocaust/msub68.htm?once=true&>

Respecto al Tribunal de Tokio, véase RÖLING, Bert V.A., *Tokyo Trial*, en BERNHART, Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, op. cit., p. 242. Para mayor información sobre este proceso, véase en Internet, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfem.htm>. Para un resumen de sentencias y un listado de los condenados, <http://www.cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html>.

El Tribunal Militar de Nuremberg tuvo su origen en la Conferencia de Moscú de 1943⁷¹. Los Aliados, además de diseñar las líneas generales de lo que sería más tarde el sistema internacional de Naciones Unidas, y de realizar unas declaraciones respecto al futuro de Italia y de Austria, pusieron de manifiesto ante la opinión pública mundial su voluntad de castigar a los militares y miembros del partido nazi por los crímenes cometidos por las fuerzas bajo su mando y responsabilidad. En el documento se destacaba que los Aliados habían tenido conocimiento y evidencias de las atrocidades, masacres y ejecuciones en masa hechas a sangre fría en los territorios ocupados:

The United Kingdom, the United States and the Soviet Union have received from many quarters evidence of atrocities, massacres and cold-blooded mass executions which are being perpetrated by Hitlerite forces in many of the countries they have overrun and from which they are now being steadily expelled. The brutalities of Nazi domination are no new thing, and all peoples or territories in their grip have suffered from the worst form of government by terror.

Ya a principio de los años cuarenta, los gobiernos aliados comenzaron a reunir material probatorio sobre los crímenes que se estaban cometiendo en los territorios bajo control alemán. La Conferencia de Moscú, además, creó la *United Nations War Crimes Commission (UNWCC, Comisión de Crímenes de Guerra de Naciones Unidas)*, con el fin de recoger las evidencias, testimonio y pruebas en general que permitieran investigar la comisión de los crímenes de lesa humanidad⁷²; y en 1945 se creó, para auxiliar a la UNWCC, el *Central Registry of War Criminals and Security Suspects (CROWCASS, Registro Central de Criminales de Guerra)*⁷³.

El documento de la Conferencia de Moscú tiene el siguiente tenor:

STATEMENT ON ATROCITIES

Signed by President Roosevelt, Prime Minister Churchill and Premier Stalin

The United Kingdom, the United States and the Soviet Union have received from many quarters evidence of atrocities, massacres and cold-blooded mass executions which are being perpetrated by Hitlerite forces in many of the countries they have overrun and from which they are now being steadily expelled. The brutalities of Nazi domination are no new thing, and all peoples or territories in their grip have suffered from the worst form of government by terror. What is new is that many of the territories are now being redeemed by the advancing armies of the advancing armies of the liberating powers, and that in their desperation the recoiling Hitlerites and Huns are redoubling their ruthless cruelties. This is now evidenced with particular clearness by monstrous crimes on the territory of the Soviet Union which is being liberated from Hitlerites, and on French and Italian territory. Accordingly, the

71.-Cf. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon>.

72.-Cf. *War Crimes of the Second World War, Military Records Information 27*, en Internet, <http://www.pro.gov.uk/leaflets/ri2027.htm>.

73.-Ibid.

aforesaid three Allied powers, speaking in the interest of the thirty-two United Nations, hereby solemnly declare and give full warning of their declaration as follows:

At the time of granting of any armistice to any government which may be set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of free governments which will be erected therein. Lists will be compiled in all possible detail from all these countries having regard especially to invaded parts of the Soviet Union, to Poland and Czechoslovakia, to Yugoslavia and Greece including Crete and other islands, to Norway, Denmark, Netherlands, Belgium, Luxembourg, France and Italy.

Thus, Germans who take part in wholesale shooting of Polish officers or in the execution of French, Dutch, Belgian or Norwegian hostages of Cretan peasants, or who have shared in slaughters inflicted on the people of Poland or in territories of the Soviet Union which are now being swept clear of the enemy, will know they will be brought back to the scene of their crimes and judged on the spot by the peoples whom they have outraged.

Let those who have hitherto not imbued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusers in order that justice may be done.

The above declaration is without prejudice to the case of German criminals whose offenses have no particular geographical localization and who will be punished⁷⁴ by joint decision of the government of the Allies.

El siguiente paso que nos llevará a la constitución del Tribunal de Nuremberg es el *Acuerdo de Londres*, de 8 de agosto de 1945, mediante el que los Aliados decidieron crear un órgano jurisdiccional para la represión de los crímenes cometidos por los nazis durante la guerra. Así, su art. 1 establecía que se crearía un Tribunal Internacional, competente para juzgar a los criminales, con independencia del lugar en el que hubieran delinquido durante la guerra, tanto a título particular, como en calidad de miembros de organizaciones o por ambos conceptos a un mismo tiempo:

Article 1.

There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of the organizations

74.-Ibid.

or groups or in both capacities.⁷⁵

El Acuerdo de Londres era del siguiente tenor⁷⁶ :

London Agreement of August 8th 1945

AGREEMENT by the Government of the UNITED STATES OF AMERICA, the Provisional Government of the FRENCH REPUBLIC, the Government of the UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND and the Government of the UNION OF SOVIET SOCIALIST REPUBLICS for the Prosecution and Punishment of the MAJOR WAR CRIMINALS of the EUROPEAN AXIS

WHEREAS the United Nations have from time to time made declarations of their intention that War Criminals shall be brought to justice;

AND WHEREAS the of the 30th October 1943 on German atrocities in Occupied Europe stated that those German Officers and men and members of the Nazi Party who have been responsible for or have taken a consenting part in atrocities and crimes will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of the free Governments that will be created therein;

AND WHEREAS this Declaration was stated to be without prejudice to the case of major criminals whose offenses have no particular geographical location and who will be punished by the joint decision of the Governments of the Allies;

NOW THEREFORE the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics (hereinafter called "the Signatories") acting in the interests of all the United Nations and by their representatives duly authorized thereto have concluded this Agreement.

Article 1.

There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of the organizations or groups or in both capacities.

Article 2.

The constitution, jurisdiction and functions of the International Military Tribunal shall be those set in the annexed to this Agreement, which shall form an integral part of this Agreement.

75.-Ibid.

76.-Ibid.

Article 3.

Each of the Signatories shall take the necessary steps to make available for the investigation of the charges and trial the major war criminals detained by them who are to be tried by the International Military Tribunal. The Signatories shall also use their best endeavors to make available for investigation of the charges against and the trial before the International Military Tribunal such of the major war criminals as are not in the territories of any of the Signatories.

Article 4.

Nothing in this Agreement shall prejudice the provisions established by the concerning the return of war criminals to the countries where they committed their crimes.

Article 5.

Any Government of the United Nations may adhere to this Agreement by notice given through the diplomatic channel to the Government of the United Kingdom, who shall inform the other signatory and adhering Governments of each such adherence.

Article 6.

Nothing in this Agreement shall prejudice the jurisdiction or the powers of any national or occupation court established or to be established in any allied territory or in Germany for the trial of war criminals.

Article 7.

This Agreement shall come into force on the day of signature and shall remain in force for the period of one year and shall continue thereafter, subject to the right of any Signatory to give, through the diplomatic channel, one month's notice of intention to terminate it. Such termination shall not prejudice any proceedings already taken or any findings already made in pursuance of this Agreement.

IN WITNESS WHEREOF the Undersigned have signed the present Agreement.

DONE in quadruplicate in London this 8th day of August 1945 each in English, French and Russian, and each text to have equal authenticity.

-For the Government of the United States of America: Robert H. Jackson

-For the Provisional Government of the French Republic: Robert Falco

*-For the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland:
Jowitt C.*

*-For the Government of the Union of Soviet Socialist Republics I. Nikitchenko, A.
Trainin*

El Tribunal se constituyó mediante la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, dictada el 20 de diciembre de 1945, unos meses después de terminada la guerra. Su tenor literal era el siguiente ⁷⁷ :

CONTROL COUNCIL LAW N^o 10
PUNISHMENT OF PERSONS GUILTY OF WAR CRIMES,
CRIMES AGAINST PEACE AND AGAINST HUMANITY

In order to give effect to the terms of the of 30 October 1943 and the Charter issued pursuant thereto and in order to establish a uniform legal basis in Germany for the prosecution of war criminals and other similar offenders, other than those dealt with by the International Military Tribunal, the Control Council enacts as follows:

Article I.

The "Concerning Responsibility of Hitlerites for Committed Atrocities" and the "Concerning Prosecution and Punishment of Major War Criminals of European Axis" are made integral parts of this Law. Adherence to the provisions of the London Agreement by any of the United Nations, as provided for in of that Agreement, shall not entitle such Nation to participate or interfere in the operation of this Law within the Control Council area of authority in Germany.

Article II

1. *Each of the following acts is recognized as a crime:*

(a) Crimes against Peace. Initiation of invasions of other countries and wars of aggression in violation of international laws and treaties, including but not limited to planning, preparation, initiation or waging a war of aggression, or a war of violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.

(b) War Crimes. Atrocities or offenses against persons or property constituting violations of the laws or customs of war, including but not limited to, murder, ill treatment or deportation to slave labour or for any other purpose, of civilian population from occupied territory, murder or ill treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity.

(a) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or

77.-Ibid.

other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.

(d) Membership in categories of a criminal group or organization declared criminal by the International Military Tribunal.

2. Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was (a) a principal or (b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime or (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.

3. Any persons found guilty of any of the crimes above mentioned may upon conviction be punished as shall be determined by the tribunal to be just. Such punishment may consist of one or more of the following:

(a) Death.

(b) Imprisonment for life or a term of years, with or without hard labor.

(c) Fine, and imprisonment with or without hard labour, in lieu thereof.

(d) Forfeiture of property.

(e) Restitution of property wrongfully acquired.

(f) Deprivation of some or all civil rights.

Any property declared to be forfeited or the restitution of which is ordered by the Tribunal shall be delivered to the Control Council for Germany, which shall decide on its disposal.

4. (a) The official position of any person, whether as Head of State or as a responsible official in a Government Department, does not free him from responsibility for a crime or entitle him to mitigation of punishment.

(b) The fact that any person acted pursuant to the order of his Government or of a superior does not free him from responsibility for a crime, but may be considered in mitigation.

5. In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect to the period from 30 January 1933 to 1 July 1945, nor shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial or punishment.

Article III

1. *Each occupying authority, within its Zone of Occupation,*

(a) shall have the right to cause persons within such Zone suspected of having committed a crime, including those charged with crime by one of the United Nations, to be arrested and shall take under control the property, real and personal, owned or controlled by the said persons, pending decisions as to its eventual disposition.

(b) shall report to the Legal Directorate the name of all suspected criminals, the reasons for and the places of their detention, if they are detained, and the names and location of witnesses.

(c) shall take appropriate measures to see that witnesses and evidence will be available when required.

(d) shall have the right to cause all persons so arrested and charged, and not delivered to another authority as herein provided, or released, to be brought to trial before an appropriate tribunal. Such tribunal may, in the case of crimes committed by persons of German citizenship or nationality against other persons of German citizenship or nationality, or stateless persons, be a German Court, if authorized by the occupying authorities.

2. *The tribunal by which persons charged with offenses hereunder shall be tried and the rules and procedure thereof shall be determined or designated by each Zone Commander for his respective Zone. Nothing herein is intended to, or shall impair or limit the Jurisdiction or power of any court or tribunal now or hereafter established in any Zone by the Commander thereof.*

3. *Persons wanted for trial by an International Military Tribunal will not be tried without the consent of the Committee of Chief Prosecutors. Each Zone Commander will deliver such persons who are within his Zone to that committee upon request and will make witnesses and evidence available to it.*

4. *Persons known to be wanted for trial in another Zone or outside Germany will not be tried prior to decision unless the fact of their apprehension has been reported in accordance with Section 1 (b) of this Article, three months have elapsed thereafter, and no request for delivery of the type contemplated by has been received by the Zone Commander concerned.*

5. *The execution of death sentences may be deferred by not to exceed one month after the sentence has become final when the Zone Commander concerned has reason to believe that the testimony of those under sentence would be of value in the investigation and trial of crimes within or without his zone.*

6. *Each Zone Commander will cause such effect to be given to the judgments of courts of competent jurisdiction, with respect to the property taken under his control pursuant thereto, as he may deem proper in the interest of Justice.*

Article IV

1. When any person in a Zone in Germany is alleged to have committed a crime, as defined in , in a country other than Germany or in another Zone, the government of that nation or the Commander of the latter Zone, as the case may be, may request the Commander of the Zone which the person is located for his arrest and delivery for trial to the country or Zone in which the crime was committed. Such request for delivery shall be granted by the Commander receiving it unless he believes such person is wanted for trial or as a witness by an International Military Tribunal, or in Germany, or in a nation other than the one making the request, or the Commander is not satisfied that delivery should be made, in any of which cases he shall have the right to forward the said request to the Legal Directorate of the Allied Control Authority. A similar procedure shall apply to witnesses, material exhibits and other forms of evidence.

2. The Legal Directorate shall consider all requests referred to it, and shall determine the same in accordance with the following principles, its determination to be communicated to the Zone Commander.

(a) A person wanted for trial or as a witness by an International Military Tribunal shall not be delivered for trial or required to give evidence outside Germany, as the case may be, except upon approval by the Committee of Chief Prosecutors acting under the .

(b) A person wanted for trial by several authorities (other than an International Military Tribunal) shall be disposed of in accordance with the following priorities:

(1) If wanted for trial in the Zone in which he is, he should not be delivered unless arrangements are made for his return after trial elsewhere;

(2) If wanted for trial in a Zone other than that in which he is, he should be delivered to that Zone in preference to delivery outside Germany unless arrangements are made for his return to that Zone after trial elsewhere;

(3) If wanted for trial outside Germany by two or more of the United Nations, of one of which he is a citizen, that one should have priority;

(4) If wanted for trial outside Germany by several countries, not all of which are United Nations, United Nations should have priority;

(5) If wanted for trial outside Germany by two or more of the United Nations, then, subject to Article IV 2 (b) (3) above, that which has the most serious charges against him, which are moreover supported by evidence, should have priority.

Article V

The delivery, under of this law, of persons for trial shall be made on demands of the Governments or Zone Commanders in such a manner that the delivery of criminals to one jurisdiction will not become the means of defeating or unnecessarily

delaying the carrying out of justice in another place. If within six months the delivered person has not been convicted by the Court of the Zone or country to which he has been delivered, then such person shall be returned upon demand of the Commander of the Zone where the person was located prior to delivery

*Done at Berlin, 20 December 1945. (Signed) Joseph T. McNarney JOSEPH
T. MCNARNEY*

*General, U. S. Army (Signed) Bernard B. Montgomery BERNARD B.
MONTGOMERY*

*Field Marshall (Signed) Louis Koeltz, General d'Corps de Armee for PIEIRR KOENIG
General d'Armee*

(Signed) Georgi Zhukov GEORGI ZHUKOV Marshall of the Soviet Union

La Ley nº 10 dio origen a la *Carta del Tribunal Militar Internacional*, por la que se constituyó por fin. Su tenor literal era el siguiente⁷⁸ :

CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIUNAL

I

CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL

Article 1.

In pursuance of the by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics, there shall be established an International Military Tribunal (hereinafter called "the Tribunal") for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis.

Article 2.

The Tribunal shall consist of four members, each with an alternate. One member and one alternate shall be appointed by each of the Signatories. The alternates shall, so far as they are able, be present at all sessions of the Tribunal. In case of illness of any member of the Tribunal or his incapacity for some other reason to fulfill his functions, his alternate shall take his place.

Article 3.

Neither the Tribunal, its members nor their alternates can be challenged by the prosecution, or by the Defendants or their Counsel. Each Signatory may replace

78.-Ibid.

its members of the Tribunal or his alternate for reasons of health or for other good reasons, except that no replacement may take place during a Trial, other than by an alternate.

Article 4

(a) The presence of all four members of the Tribunal or the alternate for any absent member shall be necessary to constitute the quorum.

(b) The members of the Tribunal shall, before any trial begins, agree among themselves upon the selection from their number of a President, and the President shall hold office during the trial, or as may otherwise be agreed by a vote of not less than three members. The principle of rotation of presidency for successive trials is agreed. If, however, a session of the Tribunal takes place on the territory of one of the four Signatories, the representative of that Signatory on the Tribunal shall preside.

(c) Save as aforesaid the Tribunal shall take decisions by a majority vote and in case the votes are evenly divided, the vote of the President shall be decisive: provided always that convictions and sentences shall only be imposed by affirmative votes of at least three members of the Tribunal.

Article 5.

In case of need and depending on the number of the matters to be tried, other Tribunals may be set up; and the establishment, functions, and procedure of each Tribunal shall be identical, and shall be governed by this Charter.

II

JURISDICTION AND GENERAL PRINCIPLES

Article 6.

The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

*(a) **CRIMES AGAINST PEACE:** namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;*

*(b) **WAR CRIMES:** namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory,*

murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: *namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.*

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.

Article 7.

The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.

Article 8.

The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

Article 9.

At the trial of any individual member of any group or organization the Tribunal may declare (in connection with any act of which the individual may be convicted) that the group or organization of which the individual was a member was a criminal organization.

After the receipt of the the Tribunal shall give such notice as it thinks fit that the prosecution intends to ask the Tribunal to make such declaration and any member of the organization will be entitled to apply to the Tribunal for leave to be heard by the Tribunal upon the question of the criminal character of the organization. The Tribunal shall have power to allow or reject the application. If the application is allowed, the Tribunal may direct in what manner the applicants shall be represented and heard.

Article 10.

In cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individual to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered

proved and shall not be questioned.

Article 11.

Any person convicted by the Tribunal may be charged before a national, military or occupation court, referred to in of this Charter, with a crime other than of membership in a criminal group or organization and such court may, after convicting him, impose upon him punishment independent of and additional to the punishment imposed by the Tribunal for participation in the criminal activities of such group or organization.

Article 12.

The Tribunal shall have the right to take proceedings against a person charged with crimes set out in of this Charter in his absence, if he has not been found or if the Tribunal, for any reason, finds it necessary, in the interests of justice, to conduct the hearing in his absence.

Article 13.

The Tribunal shall draw up for its procedure. These shall not be inconsistent with the provisions of this Charter.

III

COMMITTEE FOR THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF MAJOR WAR CRIMINALS

Article 14.

Each Signatory shall appoint a Chief Prosecutor for the investigation of the charges against and the prosecution of major war criminals.

The Chief Prosecutors shall act as a committee for the following purposes:

(a) to agree upon a plan of the individual work of each of the Chief Prosecutors and his staff,

(b) to settle the final designation of major war criminals to be tried by the Tribunal,

(c) to approve the and the documents to be submitted therewith,

(d) to lodge the and the accompany documents with the Tribunal,

(e) to draw up and recommend to the Tribunal for its approval draft , contemplated by of this Charter. The Tribunal shall have the power to accept, with or without amendments, or to reject, the rules so recommended.

The Committee shall act in all the above matters by a majority vote and shall appoint a Chairman as may be convenient and in accordance with the principle of

rotation: provided that if there is an equal division of vote concerning the designation of a Defendant to be tried by the Tribunal, or the crimes with which he shall be charged, that proposal will be adopted which was made by the party which proposed that the particular Defendant be tried, or the particular charges be preferred against him.

Article 15.

The Chief Prosecutors shall individually, and acting in collaboration with one another, also undertake the following duties:

(a) investigation, collection and production before or at the Trial of all necessary evidence,

(b) the preparation of the for approval by the Committee in accordance with paragraph hereof,

(c) the preliminary examination of all necessary witnesses and of all Defendants,

(d) to act as prosecutor at the Trial,

(e) to appoint representatives to carry out such duties as may be assigned them,

(f) to undertake such other matters as may appear necessary to them for the purposes of the preparation for and conduct of the Trial.

It is understood that no witness or Defendant detained by the Signatory shall be taken out of the possession of that Signatory without its assent.

IV

FAIR TRIAL FOR DEFENDANTS

Article 16.

In order to ensure fair trial for the Defendants, the following procedure shall be followed:

(a) The shall include full particulars specifying in detail the charges against the Defendants. A copy of the and of all the documents lodged with the Indictment, translated into a language which he understands, shall be furnished to the Defendant at reasonable time before the Trial.

(b) During any preliminary examination or trial of a Defendant he will have the right to give any explanation relevant to the charges made against him.

(c) A preliminary examination of a Defendant and his Trial shall be conducted in, or translated into, a language which the Defendant understands.

(d) A Defendant shall have the right to conduct his own defense before the Tribunal or to have the assistance of Counsel.

(e) A Defendant shall have the right through himself or through his Counsel to present evidence at the Trial in support of his defense, and to cross-examine any witness called by the Prosecution.

V

POWERS OF THE TRIBUNAL AND CONDUCT OF THE TRIAL

Article 17.

The Tribunal shall have the power

(a) to summon witnesses to the Trial and to require their attendance and testimony and to put questions to them

(b) to interrogate any Defendant,

(c) to require the production of documents and other evidentiary material,

(d) to administer oaths to witnesses,

(e) to appoint officers for the carrying out of any task designated by the Tribunal including the power to have evidence taken on commission.

Article 18.

The Tribunal shall

(a) confine the Trial strictly to an expeditious hearing of the cases raised by the charges,

(b) take strict measures to prevent any action which will cause reasonable delay, and rule out irrelevant issues and statements of any kind whatsoever,

(c) deal summarily with any contumacy, imposing appropriate punishment, including exclusion of any Defendant or his Counsel from some or all further proceedings, but without prejudice to the continuation of the charges.

Article 19.

The Tribunal shall not be bound by technical rules of evidence. It shall adopt and apply to the greatest possible extent expeditious and nontechnical procedure, and shall admit any evidence which it deems to be of probative value.

Article 20.

The Tribunal may require to be informed of the nature of any evidence before it is entered so that it may rule upon the relevance thereof.

Article 21.

The Tribunal shall not require proof of facts of common knowledge but shall take judicial notice thereof. It shall also take judicial notice of official governmental documents and reports of the United Nations, including the acts and documents of the committees set up in the various allied countries for the investigation of war crimes, and of records and findings of military or other Tribunals of any of the United Nations.

Article 22.

The permanent seat of the Tribunal shall be in Berlin. The first meetings of the members of the Tribunal and of the Chief Prosecutors shall be held at Berlin in a place to be designated by the Control Council for Germany. The first trial shall be held at Nuremberg, and any subsequent trials shall be held at such places as the Tribunal may decide.

Article 23.

One or more of the Chief Prosecutors may take part in the prosecution at each Trial. The function of any Chief Prosecutor may be discharged by him personally, or by any person or persons authorized by him.

The function of Counsel for a Defendant may be discharged at the Defendant's request by any Counsel professionally qualified to conduct cases before the Courts of his own country, or by any other person who may be specially authorized thereto by the Tribunal.

Article 24.

The proceedings at the Trial shall take the following course:

(a) The shall be read in court.

(b) The Tribunal shall ask each Defendant whether he pleads "guilty" or "not guilty."

(c) The prosecution shall make an opening statement.

(d) The Tribunal shall ask the prosecution and the defense what evidence (if any) they wish to submit to the Tribunal, and the Tribunal shall rule upon the admissibility of any such evidence.

(e) The witnesses for the Prosecution shall be examined and after that the witnesses for the Defense. Thereafter such rebutting evidence as may be held by the Tribunal to be admissible shall be called by either the Prosecution or the Defense.

(f) The Tribunal may put any question to any witness and to any defendant, at any time.

(g) The Prosecution and the Defense shall interrogate and may cross-examine

any witnesses and any Defendant who gives testimony.

(h) The Defense shall address the court.

(i) The Prosecution shall address the court.

(j) Each Defendant may make a statement to the Tribunal.

(k) The Tribunal shall deliver and pronounce .

Article 25.

All official documents shall be produced, and all court proceedings conducted, in English, French and Russian, and in the language of the Defendant. So much of the record and of the proceedings may also be translated into the language of any country in which the Tribunal is sitting, as the Tribunal is sitting, as the Tribunal considers desirable in the interests of the justice and public opinion.

VI

JUDGMENT AND SENTENCE

Article 26.

The of the Tribunal as to the guilt or the innocence of any Defendant shall give the reasons on which it is based, and shall be final and not subject to review.

Article 27.

The Tribunal shall have the right to impose upon a Defendant, on conviction, death or such other punishment as shall be determined by it to be just.

Article 28.

In addition to any punishment imposed by it, the Tribunal shall have the right to deprive the convicted person of any stolen property and order its delivery to the Control Council for Germany.

Article 29.

In case of guilt, sentences shall be carried out in accordance with the orders of the Control Council for Germany, which may at any time reduce or otherwise alter the sentences, but may not increase the severity thereof. If the Control Council for Germany, after any Defendant has been convicted and sentenced, discovers fresh evidence which, in its opinion, would found a fresh charge against him, the Council shall report accordingly to the Committee established under hereof, for such action as they may consider proper, having regard to the interests of justice.

VII

EXPENSES

Article 30.

The expenses of the Tribunal and of the Trials, shall be charged by the Signatories against the funds allotted for maintenance of the Control Council of Germany.

Como hemos visto, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg establecía las bases jurídicas para el enjuiciamiento de individuos acusados de los siguientes actos:

- - *Delitos contra la paz*: planear, preparar, iniciar o hacer una *guerra de agresión*, o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados.
- - *Delitos contra el Derecho de la guerra*: violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, como el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre; el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar; la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.
- - *Delitos contra la humanidad*: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes de la guerra o durante ella, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando sean cometidos al perpetrar un delito sujeto a la jurisdicción del Tribunal o en relación con tal delito, e independientemente de que el acto implique o no una violación del Derecho interno del país donde se haya cometido. La expresión *crímenes contra la humanidad* ya se había utilizado a principios de siglo en la *Declaración de los Gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia para denunciar la matanza de armenios perpetrada en Turquía (los crímenes contra la humanidad y la civilización de los cuales son responsables los miembros del Gobierno turco, así como los agentes implicados en las masacres*⁷⁹) y en el *Informe de 1919 de la Comisión sobre las responsabilidades de los autores de la guerra y sobre la aplicación de sanciones por violaciones de los derechos y costumbres de la guerra*⁸⁰ (la mayoría de cuyos miembros concluyó que el Imperio Alemán y sus aliados hicieron la guerra recurriendo a *métodos bárbaros e ilegítimos contraviniendo así las leyes y costumbres establecidas y las*

79.-SCHWELB, E., "Crimes against humanity", *British Yearbook of International Law*, vol. 23, n° 8, 1949, p. 181.

80.-La Comisión se estableció para investigar sobre las responsabilidades del Imperio alemán y sus aliados, de conformidad con el Derecho Internacional, por actos cometidos durante la Primera Guerra Mundial.

más elementales leyes de humanidad y todos los súbditos de los países enemigos... que han sido acusados de delitos contra la leyes y costumbres de la guerra o las leyes de humanidad serán objeto de un procedimiento penal⁸¹) pero no había tenido una consagración internacional positiva hasta este momento. Este apartado comprendía también las aportaciones de LEMKIN, de tal manera que el genocidio era contemplado, en un primer momento, como un subtipo de los delitos contra la humanidad, sin que se le reconociera, por tanto, una sustantividad propia.

Por lo que atañe a la jurisdicción *ratione personae*, ésta cubría a los *dirigentes, los organizadores, los inductores y los cómplices* que hubieran participado en la preparación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de esos delitos; todos ellos quedaban incluidos en la frase: *serán responsables de todos los actos realizados por cualesquiera personas en ejecución de tal plan*. Este no fue el único Tribunal Internacional creado como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Al otro extremo del mundo, se creó el *Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente*, por Orden del General MacArthur, Comandante de las Fuerzas Aliadas del Pacífico, de 19 de enero de 1946⁸². Respecto al tema que nos ocupa, establecía lo siguiente, en una línea doctrina paralela al Tribunal Militar Internacional europeo:

II.-Jurisdiction and general provisions

Article 5. Jurisdiction Over Persons and Offenses. The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offenses which include Crimes against Peace.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

a.-Crimes against Peace: Namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

b.-Conventional War Crimes: Namely, violations of the laws or customs of war;

c.-Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the

81.-Sin embargo, a causa de algunas objeciones, no se hizo referencia alguna de las leyes de humanidad en los Tratados de Paz de Versalles, Saint-Germain-en-Laye, Trianon y Neuilly-sur-Seine; se mencionaron solamente los actos cometidos contra *las leyes y costumbres de la guerra*.

82.-Cf. *A decade of american foreign policy: basic documents, 1941-49*, Washington, DC: Staff of the Committee and the Department of State, Government Printing Office, 1950; cf. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfem.htm>.

domestic law of the country where perpetrated. 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 person in execution of such plan.

Article 6. Responsibility of Accused. Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

Article 7. Rules of Procedure. The Tribunal may draft and amend rules of procedure consistent with the fundamental provisions of this Charter.

Los casos vistos por este tribunal son menos conocidos que los de Nuremberg. No obstante, los asesinatos de Nanjing, en los que unos 300.000 chinos fueron asesinados por los japoneses, entre diciembre de 1937 y octubre de 1938⁸³, es uno de sus procesos más famosos. El tenor literal de su documento de creación es el siguiente⁸⁴:

Charter of the International Military Tribunal for the Far East

I.-Constitution of Tribunal

Article 1. Tribunal Established. The International Military Tribunal for the Far East is hereby established for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals in the Far East. The permanent seat of the Tribunal is in Tokyo.

Article 2. Members. The Tribunal shall consist of not less than six members nor more than eleven members, appointed by the Supreme Commander for the Allied Powers from the names submitted by the Signatories to the Instrument of Surrender, India, and the Commonwealth of the Philippines.

Article 3. Officers and Secretariat.

a.-President. The Supreme Commander for the Allied Powers shall appoint a Member to be President of the Tribunal.

b.-Secretariat.

1.-The Secretariat of the Tribunal shall be composed of a General Secretary to be appointed by the Supreme Commander for the Allied Powers and such assistant secretaries, clerks, interpreters, and other personnel as may be necessary.

2.-The General Secretary shall organize and direct the work of the Secretariat.

3.-The Secretariat shall receive all documents addressed to the Tribunal, maintain the records of the Tribunal, provide

Article 4. Convening and Quorum, Voting and Absence.

a.-Convening and Quorum. When as many as six members of the Tribunal are present, they may convene the Tribunal in formal session. The presence of a

83.-Para mayor información de los crímenes de Nanjin, véase, en Internet, "The number of people murdered in Nanjing by the Japanese", <http://www.centurychina.com/wiihist/njmassac/japaccou.htm>.

84.-<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfem.htm>.

majority of all members shall be necessary to constitute a quorum.

b.-Voting. All decisions and judgments of this Tribunal, including convictions and sentences, shall be by a majority vote of those Members of the Tribunal present. In case the votes are evenly divided, the vote of the President shall be decisive.

c.-Absence. If a member at any time is absent and afterwards is able to be present, he shall take part in all subsequent proceedings; unless he declares in open court that he is disqualified by reason of insufficient familiarity with the proceedings which took place in his absence.

II.-Jurisdiction and general provisions

Article 5. Jurisdiction Over Persons and Offenses. The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offenses which include Crimes against Peace.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

a.-Crimes against Peace: Namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

b.-Conventional War Crimes: Namely, violations of the laws or customs of war;

c.-Crimes against Humanity: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. 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 person in execution of such plan.

Article 6. Responsibility of Accused. Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

Article 7. Rules of Procedure. The Tribunal may draft and amend rules of procedure consistent with the fundamental provisions of this Charter.

Article 8. Counsel.

a.-Chief of Counsel. The Chief of Counsel designated by the Supreme Commander for the Allied Powers is responsible for the investigation and prosecution of charges against war criminals within the jurisdiction of this Tribunal, and will render such legal assistance to the Supreme Commander as is appropriate.

b.-Associate Counsel. Any United Nation with which Japan has been at war may appoint an Associate Counsel to assist the Chief of Counsel.

III.-Fair trial for accused

Article 9. *Procedure for Fair Trial.* In order to insure fair trial for the accused the following procedure shall be followed:

a.-*Indictment.* The indictment shall consist of a plain, concise, and adequate statement of each offense charged. Each accused shall be furnished, in adequate time for defense, a copy of the indictment, including any amendment, and of this Charter, in a language understood by the accused.

b.-*Language.* The trial and related proceedings shall be conducted in English and in the language of the accused. Translations of documents and other papers shall be provided as needed and requested.

c.-*Counsel for Accused.* Each accused shall have the right to be represented by counsel of his own selection, subject to the disapproval of such counsel at any time by the Tribunal. The accused shall file with the General Secretary of the Tribunal the name of his counsel. If an accused is not represented by counsel and in open court requests the appointment of counsel, the Tribunal shall designate counsel for him. In the absence of such request the Tribunal may appoint counsel for an accused if in its judgment such appointment is necessary to provide for a fair trial.

d.- *Evidence for Defense.* An accused shall have the right, through himself or through his counsel (but not through both), to conduct his defense, including the right to examine any witness, subject to such reasonable restrictions as the Tribunal may determine.

e.-*Production of Evidence for the Defense.* An accused may apply in writing to the Tribunal for the production of witnesses or of documents. The application shall state where the witness or document is thought to be located. It shall also state the facts proposed to be proved by the witness or the document and the relevancy of such facts to the defense. If the Tribunal grants the application the Tribunal shall be given such aid in obtaining production of the evidence as the circumstances require.

Article 10. *Applications and Motions before Trial.* All motions, applications, or other requests addressed to the Tribunal prior to the commencement of trial shall be made in writing and filed with the General Secretary of the Tribunal for action by the Tribunal.

IV.-Powers of Tribunal and conduct of Trial

Article 11. *Powers.* The Tribunal shall have the power

a.-To summon witnesses to the trial, to require them to attend and testify, and to question them,

b.-To interrogate each accused and to permit comment on his refusal to answer any question,

c.-To require the production of documents and other evidentiary material,

d.-To require of each witness an oath, affirmation, or such declaration as is customary in the country of the witness, and to administer oaths.

e.-To appoint officers for the carrying out of any task designated by the Tribunal, including the power to have evidence taken on commission.

Article 12. *Conduct of Trial.* The Tribunal shall

a.-Confine the trial strictly to an expeditious hearing of the issues raised by the charges,

b.-Take strict measures to prevent any action which would cause any unreasonable delay and rule out irrelevant issues and statements of any kind whatsoever,

c.-Provide for the maintenance of order at the trial and deal summarily with any contumacy, imposing appropriate punishment, including exclusion of any accused or his counsel from some or all further proceedings, but without prejudice to the determination of the charges.

d.-Determine the mental and physical capacity of any accused to proceed to trial.

Article 13. Evidence

a.-Admissibility. The Tribunal shall not be bound by technical rules of evidence. It shall adopt and apply to the greatest possible extent expeditious and non-technical procedure, and shall admit any evidence which it deems to have probative value. All purported admissions or statements of the accused are admissible.

b.-Relevance. The Tribunal may require to be informed of the nature of any evidence before it is offered in order to rule upon the relevance.

c.-Specific Evidence Admissible. In particular, and without limiting in any way the scope of the foregoing general rules, the following evidence may be admitted:

1.-A document, regardless of its security classification and without proof of its issuance or signature, which appears to the Tribunal to have been signed or issued by any officer, department, agency or member of the armed forces of any government.

2.-A report which appears to the Tribunal to have been signed or issued by the International Red Cross or a member thereof, or by a doctor of medicine or any medical service personnel, or by an investigator or intelligence officer, or by any other person who appears to the Tribunal to have personal knowledge of the matters contained in the report.

3.-An affidavit, deposition or other signed statement.

4.-A diary, letter or other document, including sworn or unsworn statements which appear to the Tribunal to contain information relating to the charge.

5.-A copy of a document or other secondary evidence of its contents, if the original is not immediately available.

d.-Judicial Notice. The Tribunal shall neither require proof, of facts of common knowledge, nor of the authenticity of official government documents and reports of any nation nor of the proceedings, records, and findings of military or other agencies of any of the United Nations.

e.-Records, Exhibits and Documents. The transcript of the proceedings, and exhibits and documents submitted to the Tribunal, will be filed with the General Secretary of the Tribunal and will constitute part of the Record.

Article 14. Place of Trial. The first trial will be held at Tokyo and any subsequent trials will be held at such places as the Tribunal decided

Article 15. Course of Trial Proceedings. The proceedings the Trial will take the following course:

a.-The indictment will be read in court unless the reading is waived by all accused.

b.-The Tribunal will ask each accused whether he pleads guilty or not guilty.

c.-The prosecution and each accused (by counsel only, if represented) may make a concise opening statement.

d.-The prosecution and defense may offer evidence and the admissibility of the same shall be determined by the Tribunal.

e.-The prosecution and each accused (by counsel only, if represented) may examine

each witness

and each accused who gives testimony.

f.-Accused (by counsel only, if represented) may address the Tribunal.

g.-The prosecution may address the Tribunal.

h.-The Tribunal will deliver judgment and pronounce sentence.

V.-Judgment and sentence

Article 16. Penalty. *The Tribunal shall have the power to impose upon an accused, on conviction, death or such other punishment as shall be determined by it to be just.*

Article 17. Judgment and Review. *The judgment will be announced in open court and will give the reasons on which it is based. The record of the trial will be transmitted directly to the Supreme Commander for the Allied Powers for his action thereon. A sentence will be carried out in accordance with the order of the Supreme Commander for the Allied Powers, who may at any time reduce or otherwise alter the sentence except to increase its severity.*

By command of General MacArthur: RICHARD J. MARSHALL Major General, General Staff Corps, Chief of Staff. OFFICIAL: B. M. FITCH, Brigadier General, AGD, Adjutant General.

Los procesos de Nuremberg y, con un menor impacto, los de Tokio, terminaron en un gran número de fallos que contribuyeron ampliamente a la formación de la jurisprudencia con sobre responsabilidad penal individual, a la luz del Derecho Internacional. La experiencia jurisdiccional de Nuremberg y Tokio marcó el inicio de un proceso gradual de formulación precisa y de consolidación de principios y normas, durante el cual algunos Estados y organizaciones internacionales (en particular, las Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja) lanzaron iniciativas para conseguir la codificación mediante la aprobación de tratados. Ya el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por voto unánime la Resolución 95(l), titulada *Confirmación de los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*⁸⁵.

Después de haber tomado nota del *Acuerdo de Londres* del 8 de agosto de 1945 y del Estatuto anexo al mismo (y de los documentos paralelos relativos al Tribunal de Tokio), la Asamblea General acordó dos cruciales medidas. La primera tenía una importancia jurídica considerable: *confirmaba* los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por sus sentencias. Esto significaba que, en concepto de la Asamblea General, el Tribunal había tenido en cuenta los principios vigentes de Derecho Internacional que él mismo simplemente debía *reconocer*. La segunda era el compromiso de codificar dichos principios, tarea encomendada a la Comisión de Derecho Internacional (CDI), órgano auxiliar de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Mediante esta Resolución, confirmaban que había una serie de principios generales, contenidos en diversas costumbres internacionales, que había *reconocido* el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y sus sentencias, y que era importante incorporarlos a un instrumento de

85.-Desde entonces, el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg representa el Derecho Internacional general. Cf. . BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Oxford: 1991, p. 562.

codificación más amplia (bien fuera mediante una *codificación general de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, bien, incluso, mediante un *código penal internacional*). Se reconocía asimismo el carácter consuetudinario de las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Londres⁸⁶. Todo ello terminaría por plasmarse en 1950, cuando la CDI aprobó un informe sobre los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*⁸⁷, cuyo tenor literal era el siguiente⁸⁸:

***Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal
and in the Judgment of the Tribunal***

Principle I: Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment.

Principle II: The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law.

Principle III: The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.

Principle IV: 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.

Principle V: Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law.

Principle VI: The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law:

(a) Crimes against peace:

(i) Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties, agreements or assurances;

(ii) Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i).

(b) War crimes: Violations of the laws or customs of war which include, but are not limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave-labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory; murder or ill-treatment of prisoners of war, of persons on the Seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity.

(c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime

86.-<http://www.un.org>.

87.-Ibid.

88.- Text adopted by the Commission at its second session, in 1950, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II., en Internet, <http://www.un.org/law/ilc/guide/gfra.htm>.

against peace or any war crime.

Principle VII: *Complicity in the commission of a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity as set forth in Principle VI is a crime under international law.*

El informe de la CDI no discute si esos principios forman, o no parte del Derecho positivo, o hasta qué punto lo hacen. Para la CDI, la Asamblea General ya había *confirmado* que formaban parte del Derecho Internacional. Así pues, la CDI se limitó a redactar su contenido. El Principio I establece que *toda persona que cometa un acto que constituya un delito de Derecho Internacional, es responsable del mismo y está sujeta a sanción*. El principio representa el reconocimiento oficial del hecho de que el individuo, en el sentido más amplio (*toda persona*), puede ser considerado responsable de haber cometido un delito. Y éste puede ser el caso incluso si el Derecho Interno no considera que dicho acto constituya un delito (Principio II). Los Principios III y IV estipulan que una persona que actúe en calidad de Jefe de Estado o de autoridad del Estado, o que actúe en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico, no serán por ello irresponsables. Estos dos principios confirman lo que se había dispuesto en los artículos 7 y 8 del Estatuto de Nuremberg. El artículo 8, relativo a las órdenes superiores, aceptaba la posibilidad de atenuar la pena *si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere*.

El Principio IV del texto de la CDI modifica el enfoque: no se exige de responsabilidad al individuo *si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción*. Se deja así un gran poder discrecional a los tribunales que deben decidir si el individuo tenía o no realmente la *posibilidad moral* de negarse a cumplir una orden impartida por un superior. El Principio VI codifica las tres categorías de crímenes establecidas en el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg. Lo que en el Acuerdo de Londres se definía como *delitos que caen dentro de la jurisdicción del Tribunal*, se formula ahora como *delitos, en Derecho Internacional*, usando los mismos términos del artículo 6. El Principio VI constituye, en esencia, un esbozo de código penal internacional.

Ya el 9 de diciembre de 1948, en vísperas de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, gracias a un importante desarrollo del concepto de *crímenes internacionales*, se llegó a la aprobación (56 votos a favor y ninguno en contra) de la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*⁸⁹. Su tenor literal es el siguiente:

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por Resolución 260 (III) A de la Asamblea General. el 9 de diciembre de 1948

Las Partes Contratantes, considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de Derecho Internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena;

Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad;

89.-Cf. <http://www.un.org>; y <http://www.preventgenocide.org/es/>.

Convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional;

Conviene en lo siguiente:

Artículo I: *Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho Internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.*

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 u pública a cometer genocidio;*
- (d) La tentativa de genocidio;*
- (e) La complicidad en el genocidio.*

Artículo IV: *Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.*

Artículo V: *Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.*

Artículo VI: *Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.*

Artículo VII: *A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos.*

Las Partes contratantes se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes.

Artículo VIII: *Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III.*

Artículo IX: *Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte*

Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.

Artículo X: *La presente Convención, cuyos textos inglés, chino, español, francés y ruso serán igualmente auténticos, llevará la fecha de 9 de diciembre de 1948.*

Artículo XI: *La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1949 a la firma de todos los Miembros de las Naciones Unidas y de todos los Estados no miembros a quienes la Asamblea General haya dirigido una invitación a este efecto. La presente Convención será ratificada y los instrumentos de ratificación serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas. A partir del 1 de enero de 1950, será posible adherir a la presente Convención en nombre de todo Miembro de las Naciones Unidas y de todo Estado no miembro que haya recibido la invitación arriba mencionada. Los instrumentos de adhesión serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.*

Artículo XII: *Toda Parte contratante podrá, en todo momento, por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, extender la aplicación de la presente Convención a todos los territorios o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable.*

Artículo XIII: *En la fecha en que hayan sido depositados los veinte primeros instrumentos de ratificación o de adhesión, el Secretario General levantará un acta y transmitirá copia de dicha acta a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se hace referencia en el artículo XI. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haga el depósito del vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión. Toda ratificación o adhesión efectuada posteriormente a la última fecha tendrá efecto el nonagésimo día después de la fecha en que se haga el depósito del instrumento de ratificación o de adhesión.*

Artículo XIV: *La presente Convención tendrá una duración de diez años a partir de su entrada en vigor. Permanecerá después en vigor por un período de cinco años; y así sucesivamente, respecto de las Partes contratantes que no la hayan denunciado por lo menos seis meses antes de la expiración del plazo. La denuncia se hará por notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.*

Artículo XV: *Si, como resultado de denuncias, el número de las Partes en la Presente Convención se reduce a menos de dieciséis, la Convención cesará de estar en vigor a partir de la fecha en que la última de esas denuncias tenga efecto.*

Artículo XV: *Una demanda de revisión de la presente Convención podrá ser formulada en cualquier tiempo por cualquiera de las Partes contratantes, por medio de notificación escrita dirigida al Secretario General. La Asamblea General decidirá respecto a las medidas que deban tomarse, si hubiere lugar, respecto a tal demanda.*

Artículo XV: *El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se hace referencia en el artículo XI:*

- (a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones recibidas en aplicación del artículo XI;*
- (b) Las notificaciones recibidas en aplicación del artículo XII;*
- (c) La fecha en que la presente Convención entrará en vigor en aplicación del artículo XIII;*
- (d) Las denuncias recibidas en aplicación del artículo XIV;*
- (e) La abrogación de la Convención, en aplicación del artículo XV;*

(f) Las notificaciones recibidas en aplicación del artículo XVI;

Artículo XVIII: El original de la presente Convención será depositado en los archivos de las Naciones Unidas. Una copia certificada será dirigida a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se hace referencia en el artículo XI.

Artículo XIX: La presente Convención será registrada por el Secretario General de las Naciones Unidas en las fecha de su entrada en vigor.

La Convención, que entró en vigor el 12 de enero de 1951⁹⁰, clasifica claramente el genocidio, cometido en tiempo de paz o de guerra, como un delito de Derecho Internacional. Ya hemos visto cómo su artículo 2 lo define como aquellos...

...actos [...] perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso...

...tales como: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. El artículo 3 de la Convención dispone que se consideran punibles dichos actos así como los diversos grados de participación en ellos: la asociación para cometer los actos, la instigación directa y pública, las tentativas y la complicidad. Pero es el artículo 4 el que establece la obligación de castigar no solamente a los *gobernantes* o a los *funcionarios*, sino también a los *particulares*. El artículo 6, por su parte, determina que tanto los tribunales nacionales como los internacionales son competentes para enjuiciar a los infractores.

Se deduce que esta importante Convención introduce un nuevo delito a la luz del Derecho Internacional, directamente ligado con la categoría penal ya establecida en el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg, es decir, la de *delitos de lesa humanidad*. Nuevamente, el Derecho Internacional convencional va mucho más allá de los límites tradicionales de la responsabilidad del Estado, poniendo de relieve que, respecto de las obligaciones dimanadas de una de sus ramas particulares los individuos están *en la primera línea* de la responsabilidad⁹¹. Manteniendo la tendencia de los documentos anteriores, la Convención presenta una amplia definición del delito del genocidio y de los diferentes niveles de participación en él (*actos directos, asociación, inducción tentativa, complicidad*). La Corte Internacional de Justicia⁹² reconoció, al igual que se había hecho con el Tribunal de Nuremberg, el carácter consuetudinario de los principios que constituyen los fundamentos de esta Convención⁹³.

Poco después, los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, redactados por iniciativa del CICR tras las experiencias de la Segunda Guerra Mundial, reformaron todo el sistema de protección de las víctimas de la guerra basado en tratados. Las Partes en esos Convenios contraen la obligación fundamental general de *respetar y hacer respetar* sus disposiciones *en todas las*

90.-Para España entró en vigor a 13 de diciembre de 1968.

91.-*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 18 May 1951*, I.C.J. Reports, 1951, p. 23; en Internet, <http://un.org>.

92.-<http://un.org>.

93.-Cf. Sentencia de 5 de febrero de 1970, en el Caso Barcelona Traction, *Recueil CIJ*, 1970.

circunstancias (artículo 1 común a los cuatro tratados). Un capítulo completo de cada uno de los Convenios de Ginebra versa sobre los actos cometidos contra personas protegidas. Estos actos se denominan *infracciones graves*⁹⁴, y no crímenes de guerra, pero, sin duda alguna, a la luz del Derecho Internacional, son crímenes. Dichos actos se definen de manera detallada en los artículos 50, 51, 130 y 147 del I, II, III y IV Convenios, respectivamente, e incluyen delitos como el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos (incluidos los experimentos biológicos), el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción a gran escala o la apropiación de bienes, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o el hecho de privarlo deliberadamente del derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente, la deportación ilegal, la transferencia o confinamiento de una persona protegida y la toma de rehenes *no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala ilícita y arbitrariamente*. Por lo que atañe al ámbito de aplicación *ratione personae*, los Convenios establecen la responsabilidad de los autores directos de estas infracciones graves y la de sus superiores. El alcance de las normas es, de hecho, muy amplio ya que la palabra *persona* comprende tanto a los civiles como a los combatientes, independientemente de que estos últimos sean miembros de fuerzas oficiales o no oficiales.

La Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, encomienda a las Altas Partes Contratantes la protección de lo que se ha denominado el *patrimonio cultural de la humanidad*. Ellas deben *tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la Convención*.

En los dos Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 se agregaron reglas más precisas a un sistema jurídico que se ha vuelto amplio. En particular, el artículo 11 fortalece la protección de los individuos por lo que atañe a su salud e integridad física y mental, disponiendo que esas violaciones graves constituyen una infracción grave del Derecho Internacional Humanitario. Además, en el artículo 85 se agrega un gran número de violaciones a la ya existente lista de infracciones graves. Una vez más, en el artículo 1 del Protocolo I, las Partes se comprometen a *respetar y a hacer respetar el Protocolo en todas las circunstancias*.

¿Qué conclusiones podemos deducir de este período? Nuremberg y Tokio, en relación con todos los tratados internacionales que se suscribieron y a los que hemos hecho alusión, suponen el inicio de una nueva época. La sentencia condenatoria contra 24 de los mas altos representantes del régimen nazi, que puso un término simbólico a ese nefasto régimen y, en el caso de las 12 sentencias a muerte, también un término real a la vida de aquellos representantes. En la percepción pública, parece que el significado histórico del proceso de Nuremberg está relacionado, más que todo, con el último de estos puntos: el cierre definitivo (real y simbólico) de una etapa histórica. En esta perspectiva, el juicio era, para los

94.-Cf. DOUCET, G., *La qualification des infractions graves au droit international humanitaire*, en SANDOZ, Y, y KALSHOVENF, F, *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1987, p. 79.

nazis, la continuación de la derrota militar en el escenario de la justicia. Para nosotros hoy en día, sin embargo, este aspecto es el menos interesante. Como factor histórico, el nazismo ya estaba eliminado antes del juicio. El significado del proceso de Nuremberg queda tanto en su función de cierre de una época, sino en la apertura de los nuevos Derecho Internacional y Penal, que implica una nueva vigencia de los principios universales de los derechos humanos⁹⁵. Es casi un lugar común hablar de Nuremberg y Tokio en este sentido, pero muchas veces esto se hace sin conocer lo que realmente se hizo y se debatió en este juicio.

Si el Tribunal de Nuremberg realmente abrió camino para una nueva etapa del Derecho Internacional, basado en los derechos humanos, es una pregunta con muchas interrogantes y de ninguna manera fácil de contestar. El hecho de que durante casi 50 años el Tribunal no ha tenido una continuación institucional, debería llamar la atención y ser motivo de dudas. En qué medida el Tribunal de Nuremberg, ese evento singular, realmente pudo crear precedentes para el desarrollo del derecho, dependía no sólo de la historia política del mundo después de la guerra, sino también de sus propias bases jurídicas, de las normas sobre las que se constituyó el Tribunal, y de la definición de los crímenes que declaraba dentro de su jurisdicción. Ambos elementos quedaron fuertemente impregnados por la situación específica que existía en el momento de la victoria sobre el sistema nazi. Es evidente este condicionamiento histórico en el caso de la constitución del Tribunal que quedó restringido a los representantes de los cuatro poderes principales de la alianza político-militar que había ganado la guerra. Obviamente esto no pudo trazar el camino para un orden institucional de la justicia en el mundo posguerra. Anotemos que esta deficiencia fue criticada ya en la época. Pero las propuestas de crear el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg como un Juzgado internacional de la naciente ONU, que datan hasta de 1943, resultaban prematuras. Mucho más satisfactorias parecen las reglas procesales aplicadas en Nuremberg. No tienen, sin embargo, tanta relevancia en el contexto de este análisis. Lo que interesa más, desde la perspectiva del futuro de entonces, es la cuestión de la jurisdicción material del Tribunal Militar Internacional, que ya hemos abordado.

En el *proceso- Nuremberg* se puede precisar en tres elementos:

- -La definición de los *crímenes contra la humanidad* con independencia de situaciones de guerra;
- -La extensión del principio de la responsabilidad individual, fundamental para el Derecho Penal, al ámbito de los *crímenes de lesa humanidad*, incluyendo el principio de la *obligación de la persecución penal*;
- -La creación de las instancias adecuadas para sancionar a nivel internacional, de manera independiente y legalmente válida, estos crímenes, en caso que los sistemas nacionales fallaran con esta obligación. Lógicamente, una jurisdicción penal internacional sería parte de estas previsiones, por lo menos como última ratio.

Veamos como la comunidad internacional asumió estas tres tareas. En el campo de la definición jurídica, los avances se dieron con rapidez. Ya en los

95.-MERKEL, Reinhard, *Das Recht des Nürnberger Prozesses*, *Nürnberger Menschenrechtszentrum (Hg.): Von Nürnberg nach Den Haag*, Hamburg 1996.

procesos contra grupos de responsables nazis que las autoridades americanas llevaron a cabo en la misma ciudad de Nuremberg, una vez terminado el proceso principal, se precisó que había *Principios Generales de Derecho que pertenecían a los códigos de todas las naciones civilizadas*, aplicables también para los responsables nazis. Posteriormente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Convención contra el Genocidio, del día anterior, los dos grandes pactos de 1966 y un gran número de instrumentos legales del derecho internacional codificaron cada vez mejor ese derecho de derechos humanos. Que en teoría los crímenes de lesa humanidad son perseguibles, ya no cabe duda hoy. Los jueces de La Haya no tienen porqué probar que una masacre contra una etnia diferente es parte de la guerra. El crimen del genocidio y otras atrocidades, incluso la tortura y la violación sexual masiva con fines políticos son perseguibles según el derecho internacional.

También el principio de la persecución obligatoria de estos crímenes quedó bien establecido, ya desde la Convención contra el Genocidio. La responsabilidad personal y la obligación de perseguir (y castigar) son dos lados de la misma medalla. La penalización individual del crimen político requiere el castigo individual, tal como lo reconocen la Convención contra el Genocidio y muchos otros instrumentos.

V

DE LA GUERRA FRÍA A LA ACTUALIDAD: LA PUNICIÓN NACIONAL

A efectos metodológicos, dividiremos esta período en dos apartados: la punición nacional y la internacional. Ésta se abordará en la segunda parte. En cualquier caso, antes de estudiar la punición nacional, es preciso tener en cuenta las siguientes líneas, para una mayor comprensión del fenómeno jurídico que estudiamos.

1.-Conflictos étnicos, Guerra y Postguerra Fría

Después de la Segunda Guerra Mundial, hasta la Guerra de Yugoslavia, la revolución de Ruanda y el Estatuto de Roma, los conceptos se confunden en una amalgama nueva. Como presupuesto básico, se difumina el marco de referencia previo que articulaba el Derecho Penal Internacional en sus orígenes: los tipos se desligan del estatuto militar del sujeto actor, para constituirse en figuras independientes en las que no es un elemento imprescindible el foro personal; asimismo, se diluye la necesidad previa de una guerra y, por tanto, la vinculación con el Derecho de la Guerra y del Derecho Humanitario Bélico se relaja, al tiempo que el vínculo es estrecha con el Derecho de los derechos humanos. Esta relación era absoluta en los orígenes, muy estrecha en Nuremberg y Tokio, pero se irá atemperando en el Tribunal de Yugoslavia y más aún en el Ruanda, creado para la represión de unos crímenes cometidos en un período de agitación social, pero no de guerra. El *caso Pinochet* abunda en esta línea, ya que se pretendía enjuiciar a un Jefe de Estado por los delitos cometidos contra su propia población, por motivos políticos e ideológicos y sin mediar tiempo de guerra, cuando su gobierno, que había

llegado al poder mediante un golpe militar, había sido ampliamente reconocido por la comunidad internacional.

Otra realidad a tener en cuenta es que los conflictos étnicos y los nacionales tienden a confundirse en este período, por efecto del proceso de descolonización. Ello producirá cierta confusión entre el genocidio y los delitos de lesa humanidad, ya que comentaristas, analistas, jueces y magistrados tenderán a confundir *conflicto étnico* y *nacional*, con lo cual las persecuciones que se producen en los mismos, sean o no por motivos raciales, se configurarán como *étnicas*, aunque resulte impropio para el Derecho Internacional y para la definición de los tipos que se ha apuntado. Las incriminaciones nacionales realizadas para la persecución de las dictaduras del Cono Sur han favorecido esta confusión. Por otra parte, hay que reconocer que la realidad facilita este estado de cosas. En una reseña de los Estados en situación de conflicto armado en 1988 se señalaba que de un total de 111 conflictos en el mundo, 63 eran internos. Se describían 36 de ellos como *guerras de formación de Estados*, es decir, conflictos en que intervienen un gobierno y un grupo de oposición que exige la autonomía o la secesión para una etnia o región particular⁹⁶. De hecho, en los últimos años ha disminuido el número de conflictos interestatales clásicos y ha aumentado el número de conflictos intraestatales, particularmente en los países del Tercer Mundo. En otro estudio se indica que...

*...las matanzas realizadas por los Estados de miembros de grupos étnicos y políticos representan más pérdidas de vidas que todas las demás formas de conflictos mortíferos combinados... como promedio, han muerto a manos del Estado entre 1,6 y 3,9 millones de civiles inermes en cada uno de los decenios transcurridos desde el final de la Segunda Guerra Mundial.*⁹⁷

A pesar de estos datos, los especialistas sobre la paz, conflictos y relaciones internacionales, han prestado relativamente poca atención en los últimos años a los conflictos étnicos⁹⁸. Se ha prestado mayor atención a las confrontaciones entre Estados de tipo tradicional. Esta situación se debe en parte a que muchos especialistas consideran que las confrontaciones étnicas son asuntos internos de los Estados, quizá relacionados con gobiernos dictatoriales y/o represivos, o que son simplemente subproductos de conflictos más amplios.

A nivel teórico, los conflictos étnicos no encajan fácilmente en los modelos analíticos tradicionales de los estudios de los conflictos o de la sociología del cambio y el desarrollo. Durante décadas, el llamado *paradigma de la modernización* dominó el pensamiento en las ciencias sociales y, según este punto de vista, el proceso de cambio social va de lo tradicional hacia lo moderno, de lo *simple* a lo *complejo*, del *particularismo* al *universalismo*. En este marco, los problemas étnicos pertenecen al mundo *particularista* o *premoderno*, y se dejan de lado en el proceso de

96.-WALLENSTEEN, Peter, "States in Armed Conflict 1988", *Department of Peace and Conflict Research. Report nº 30*, (Uppsala University), julio de 1989.

97.-HARFF, Barbara; y GURR, Ted Robert, *Genocides and politicides since 1945: evidence and anticipation*, Jerusalén: Institute of the International Conference on the Holocaust and Genocide., 1987.

98.-RUPESHIGHE, Kumar, *Theories of conflict Resolution and their applicability to protracted ethnic conflicts*, en RUPESHIGHE, Kumar, *Ethnic conflicts and human rights*, Oslo: The United Nations University and Norwegian University Press, 1988; BANKS, Michael, *The international relations discipline: asset or liability for conflict resolution?*, en AZAR, Edward E.; y BURTON, John, *International conflict resolution, theory and practice*, Sussex: Wheatsheaf Books, 1986.

modernización. Si se plantean, son considerados como *obstáculos al cambio* o si no como una consecuencia de una *modernización incompleta*, y por ende de menor importancia para el teórico. Del mismo modo, las teorías de la *construcción de las naciones* ponen de relieve el carácter global de la transformación de las unidades y lealtades subnacionales en el seno de una entidad política más amplia. Una vez más los problemas étnicos pueden ser considerados como obstáculos en un proceso evolutivo más amplio.

Otras teorías vinculan los conflictos básicamente a intereses económicos, en los que los actores colectivos tienden a ser clases sociales definidas en función de su posición en el sistema productivo. Cuando las relaciones sociales de producción son esenciales para determinar las relaciones de poder a nivel de una sociedad y a nivel internacional, los problemas étnicos pueden parecer definitivamente de importancia secundaria⁹⁹. Así, comprobamos que, en general, las teorías liberales, funcionalistas y marxistas de los conflictos y el desarrollo han minimizado la importancia de los problemas y los conflictos étnicos¹⁰⁰. Por lo tanto, hay pocos modelos teóricos útiles para orientar la investigación sobre estos problemas contemporáneos¹⁰¹.

A fin de situar los conflictos étnicos en una perspectiva adecuada, quizá sea útil referirse brevemente a los distintos tipos de situaciones en que los grupos étnicos interactúan dentro de un marco más amplio. Pero previamente, habrá que formular una definición, aunque sea limitada, de lo que se entiende por grupo étnico, ya que el término se utiliza de manera bastante poco rigurosa en la literatura especializada y no hay un consenso general respecto a este concepto.

*...Un grupo étnico o una etnia es una colectividad que se identifica a sí misma y que es identificada por los demás conforme a criterios étnicos, es decir, en función de ciertos elementos comunes tales como el idioma, la religión, la tribu, la nacionalidad o la raza, o una combinación de estos elementos, y que comparte un sentimiento común de identidad con otros miembros del grupo.*¹⁰²

Esta definición ya mezcla distintos elementos, entre los que destacamos raza y nacionalidad. Si los investigadores sociales tienden a elaborar un concepto de *etnia* sobre al menos estos dos elementos, es comprensible la confusión que surge en torno al genocidio y al crimen de lesa humanidad. No cabe duda que esta definición plantea más interrogantes de los que permite resolver, pero puede ser útil para este estudio. Los grupos étnicos, así definidos, también podrían ser considerados como *pueblos, naciones, nacionalidades, minorías, tribus, o comunidades*, según los distintos contextos y circunstancias. A menudo se identifica a los grupos étnicos en función de sus relaciones con grupos similares y con el Estado. De hecho, muchos conflictos étnicos en el mundo obedecen a problemas

99.-Para un enfoque conceptual reciente sobre las relaciones sociales de producción, cf. COZ, Robert W., *Production, power, and world order: social forces in the making of History*, Nueva York: Columbia University Press, 1987.

100.-STAVENHAGEN, Rudolf, *Ethnodevelopment: a neglected dimension in development thinking*, en APHORPE, Raymond y KRAHL, A. Krahl, *Development studies: critique and renewal*, Leiden: A. J. Brill, 1986.

101.-HOROWITZ, Donald L., *Ethnic groups in conflict*, Berkeley: University of California Press, 1985.

102.-RIGGS, Fred W., *Ethnicity. Intercoccty glossary. concepts and terms uses in ethnicity research*, Honolulu: International Social Science Council, 1985.

surgidos a raíz de los cambios en la posición de un grupo étnico dentro del marco social más amplio. Procedamos ahora a identificar distintos tipos de situaciones que suelen producirse en todo el mundo:

1.-Grupos étnicos dentro de un Estado que se autoidentifica como *multiétnico o multinacional*. Estos grupos pueden basar su identidad en el idioma (como en Bélgica o en Suiza), en la religión (como en el caso de los sikhs, los musulmanes y los hindúes en India; los cristianos y los musulmanes en Líbano), en la nacionalidad (como en Unión Soviética o en la antigua Yugoslavia) o en la raza (Sudáfrica). En estos casos, los grupos étnicos distintos de la nacionalidad dominante o mayoritaria pueden o no disfrutar de un estatuto jurídico especial, y se encuentran en una situación minoritaria y no dominante.

2.-Grupos étnicos dentro de un Estado que no reconoce formalmente su propia composición multiétnica, como Francia, Japón, Indonesia, Turquía, Portugal y muchos países africanos. En este caso, las minorías pueden tener una implantación regional, tales como los bretones y los corsos en Francia, los escoceses en Gran Bretaña; o pueden ser raciales (como los *negros* en Estados Unidos), religiosas (como los coptos en Egipto o los Baha'i en Irán), lingüísticas (como los bereberes en Argelia), o tribales (como en Afganistán); o una combinación de varios de estos elementos.

3.-Minorías nacionales que se identifican con su etnia en un Estado vecino en el que pueden disfrutar de una situación mayoritaria (como los húngaros en Rumania, los turcos en Bulgaria, los albaneses en Yugoslavia, los *chicanos* en Estados Unidos).

4.-Múltiples grupos étnicos en un Estado en que ninguno de ellos goza de una posición dominante particular, específicamente en países coloniales de independencia reciente, en los que el propio Estado es una creación relativamente débil y artificial; esta situación tiende a prevalecer en el África Subsahariana.

5.-Minorías étnicas asentadas a ambos lados de la frontera entre Estados distintos y que se encuentran en situación minoritaria en ambos Estados, como ocurre en las zonas fronterizas de Asia Sudoriental y los kurdos en Oriente Medio.

6.-Emigrantes y refugiados étnicos, producto de migraciones importantes, particularmente de países del Tercer Mundo hacia otros países del Tercer Mundo o hacia naciones industrializadas. Si bien en los siglos anteriores los europeos colonizaron muchas áreas del mundo, y sus descendientes constituyeron grupos étnicos en muchos países (bien como minorías o como mayorías), en las últimas décadas las corrientes migratorias se han invertido y los inmigrantes del Tercer Mundo se asientan ahora en sus antiguas metrópolis, constituyendo enclaves étnicos en muchos países y planteando graves problemas sociales y culturales.

7.-Pueblos indígenas y tribales que constituyen un caso especial de grupos étnicos, y que se consideran en general como minorías, habida cuenta de las circunstancias históricas de su conquista e incorporación a

las nuevas estructuras estatales, así como de su apego a la tierra y al territorio y de su resistencia secular al genocidio, el etnocidio y la asimilación. Los pueblos indígenas se encuentran principalmente en las Américas, Australia y Nueva Zelanda, pero muchos pueblos tribales de Asia Meridional y Sudoriental también se consideran hoy en día como indígenas, así como los *inuit* y los *sami* en las regiones polares septentrionales¹⁰³.

Esta clasificación esquemática no agota todas las posibilidades de interacción entre los grupos étnicos, y puede haber superposición entre distintas categorías. Sin embargo, es un mecanismo útil para identificar situaciones en las cuales tienden a producirse los conflictos étnicos.

El término de *conflicto étnico* abarca hoy en día una amplia gama de situaciones. De hecho, puede sostenerse que el conflicto étnico en sí no existe. Lo que sí existe son conflictos sociales, políticos y económicos entre grupos de personas que se identifican mutuamente según criterios étnicos: color, raza, religión, idioma, origen nacional. A menudo, dichas características étnicas pueden ocultar otras características distintivas, tales como intereses de clase y poder político, las cuales, cuando se analizan, pueden resultar ser los elementos más importantes del conflicto (tutsis y hutus en Ruanda, por ejemplo). Sin embargo, cuando se utilizan las diferencias étnicas de manera consciente o inconsciente para distinguir a los adversarios en una situación de conflicto determinada (en particular cuando se han convertido en poderosos símbolos de movilización), la etnicidad se convierte efectivamente en un factor determinado de la naturaleza y la dinámica del conflicto¹⁰⁴.

Los especialistas distinguen en general entre *sistemas jerarquizados* y *no jerarquizados* de relaciones interétnicas, aunque hay numerosos casos en que es difícil establecer una diferencia entre ambos. En los *sistemas no jerarquizados*, pero que están sin embargo muy divididos, pueden producirse conflictos étnicos entre grupos que comparten en proporciones relativamente iguales riqueza y poder, cuando uno o varios de los grupos teme o percibe que su posición respecto a otro grupo étnico tiende a deteriorarse. En estos casos, el conflicto étnico puede ser localizado y particularista, sin afectar el centro del poder político. Sin embargo, se puede sostener que la mayor parte de los casos de conflictos étnicos en el mundo hoy en día implican un *sistema jerarquizado* o estratificado de relaciones interétnicas en el que los diferentes grupos étnicos no sólo están jerarquizados según una escala de poder, prestigio y riqueza y situados en general en una posición superordinada o subordinada en relación con los otros, sino lo que es más importante, en el que el centro de poder y el aparato del Estado están controlados, en mayor o menor medida, por una etnia dominante y/o mayoritaria, dejando a la etnia o a las etnias subordinadas en una situación de marginación.

A menudo, en los sistemas étnicos jerarquizados o estratificados, un grupo étnico puede identificarse o coincidir con una clase social. Se pueden citar como ejemplos a los trabajadores emigrantes del Tercer Mundo étnicamente diferenciados en Europa Occidental, la historia de los negros en Estados Unidos, los trabajadores

103.-*Indigenous peoples. A. global quest for justice*, Londres: Zed Books, 1987.

104.-STAVENHAGEN, Rudolf, *Ethnodevelopment: a neglected dimension in development thinking*, op. cit.

indios tameses de las plantaciones de Sri Lanka, los pueblos indígenas de América Latina, los africanos en Sudáfrica, etc. Sin embargo, la estratificación étnica es también un fenómeno que existe en sí, cualquiera que sea la afiliación de clase de los miembros de un grupo étnico. En los sistemas estratificados, los conflictos sociales y políticos pueden manifestarse como conflictos étnicos y por lo general afectan el poder del Estado, amenazando el modelo institucional en que se basa el poder estatal. Los conflictos étnicos más importantes de la década de los ochenta (Líbano, Sri Lanka, India, Timor Oriental, Irlanda del Norte, Chipre, Eritrea, Burundi, Sudáfrica, Sahara Occidental, Nicaragua) reminiscentes de los conflictos étnicos ocurridos anteriormente en Nigeria, Pakistán y Canadá, implican no sólo una confrontación entre grupos étnicos, sino también entre uno de estos grupos y el Estado *etnocrático*, es decir, controlado por un grupo étnico dominante.

La persistencia de los conflictos de esta índole durante periodos relativamente largos y la violencia intensa que puede acompañarlos, ha llevado algunos observadores a establecer una distinción entre los *conflictos de interés* y los *conflictos de valores* o *conflictos de identidad*; los primeros son más fácilmente de negociar o resolver que los segundos. Los conflictos étnicos son por lo general de segundo tipo, en los que las metas o los objetivos de las partes tienden a excluirse mutuamente o son incompatibles y por lo tanto mucho más difíciles de resolver. Las diferencias étnicas y comunales, según pueden ser el origen de los conflictos sociales prolongados con que se enfrentan tantos países en el mundo de hoy¹⁰⁵.

Una de las razones para estas diferencias radica en el modelo casi universal de la Nación-Estado, inspirado en el nacionalismo europeo de los siglos XVIII y XIX que sirvió de ejemplo para la creación de Estados en todo el mundo, en particular como un legado del sistema colonial. Muchos conflictos étnicos se producen porque el modelo homogeneizante e integrador de la Nación-Estado, que se manifiesta en ideologías oficiales, políticas gubernamentales de diversa índole, actitudes sociales dominantes y comportamientos políticos, entra en contradicción con la identidad étnica y social de los grupos subordinados. Cuando la ideología dominante de la Nación-Estado es incapaz de acomodar la diversidad cultural y étnica, aumenta la posibilidad de que se produzcan conflictos étnicos duraderos. El genocidio cultural o etnocidio, que acompaña a menudo dichos conflictos, son fenómenos frecuentes en muchas partes del mundo.

El conflicto étnico puede manifestarse de distintas formas, desde la actitud individual caracterizada por el rechazo, la exclusión y la hostilidad acompañada de estereotipos, prejuicios, intolerancia y discriminación a nivel de las relaciones interpersonales, pasando por la acción política institucional y los movimientos secesionistas, hasta las confrontaciones violentas que pueden revestir las formas de disturbios, matanzas, genocidios, levantamientos, rebeliones, revoluciones, terrorismo, guerra civil, guerras de liberación nacional y guerra entre Estados. Las comparaciones internacionales de situaciones en que se producen conflictos étnicos denotan la existencia de problemas recurrentes que suscitan movilizaciones étnicas y que son la causa profunda de muchos conflictos étnicos. Estos problemas se vinculan a la distribución de recursos y de poder entre los grupos étnicos, a la

105.-AZAR, Edward A. *Protracted international conflicts: ten propositions*, en AZAR, Edward E.; y BURTON, John, *International conflict resolution, theory and practice*, op.cit.

cuestión de la tierra y del territorio (reservas, colonización, inmigración, etc.), al idioma, la religión, la identidad cultural, y a la discriminación basada en la raza o en el color¹⁰⁶.

Un breve análisis de tres de los conflictos étnicos más importantes ocurridos en el mundo en el decenio de 1980-1990 muestran la interacción de estos dos factores.

1.-En Irlanda del Norte, las raíces históricas del conflicto entre los protestantes mayoritarios que desean permanecer vinculados a Gran Bretaña y los católicos minoritarios que aspiran a unirse a la República de Irlanda, se remontan al siglo XVI. Los católicos nacionalistas irlandeses estiman que han sido tradicionalmente objeto de discriminación por parte de los protestantes unionistas dominantes. La partición de Irlanda, decidida por Gran Bretaña en 1920, no resolvió este antiguo conflicto y cuando resurgió de manera violenta en 1969, la imposición de la administración directa por Londres en 1972 no contribuyó a resolver el problema. Un acuerdo anglo-irlandés firmado en 1985 *ha sido por lo general bien acogido... como un medio equilibrado y pragmático de reconocer las identidades y los intereses de ambas comunidades en Irlanda del Norte, pero ha sido rechazado tanto por los unionistas como por los republicanos tradicionalistas*¹⁰⁷.

2.-El conflicto en Sri Lanka, ha atravesado distintas fases. Los tamiles minoritarios, que se distinguen por su religión e idioma de la mayoría budista cingalesa, están concentrados sobre todo en el noroeste de la isla, donde se asentaron hace más de dos mil años. Un subgrupo lo constituyen los tamiles de origen indio llevados por los británicos durante el siglo XIX y a comienzos del siglo XX para trabajar en las plantaciones de té de las tierras altas centrales. Una vez proclamada la independencia, la comunidad cingalesa estimó que los tamiles habían obtenido privilegios económicos y políticos desproporcionados de los británicos y procedió a cambiar la situación. Primeramente, se negó la ciudadanía a la mayoría de los trabajadores tamiles de origen indio; después se adoptó una política basada en el uso exclusivo del idioma cingalés y se modificaron los requisitos de ingreso en la universidad a fin de favorecer a la juventud cingalesa; y por último se implantó el budismo como religión oficial. Aunque posteriormente algunas de estas medidas fueron revocadas o atenuadas, los tamiles estimaron que eran víctimas de discriminación.

La movilización étnica tamil asumió distintas formas desde la defensa de sus tierras contra la colonización por *forasteros* cingaleses a reivindicaciones políticas destinadas a lograr la autonomía regional o la federación. Por último, las organizaciones tamiles militantes exigieron la creación de un Estado (*Tamil Eelam*), e iniciaron un conflicto armado para lograr dicho objetivo. Después de una serie de disturbios violentos en que cientos de tamiles murieron y quedaron sin hogar (1983-1985) y durante los cuales muchos más se convirtieron en refugiados internos e internacionales, el conflicto se transformó en una guerra civil total. El movimiento tamil recibió ayuda de simpatizantes del estado indio meridional de Tamilnadu, y el

106.-BOUCHER, Jerry, LANDIS, Dan y ARNOLD CLARK, Karen, *Ethnic conflict. International Perspectives*, Londres: Sage Publications, 1987.

107.-HADDEN, Tom, y BOYLE, Kevin, *Northern Ireland: conflict and conflict resolution*; y ARTHUR, Paul, *The Anglo-Irish agreement: conflict resolution or conflict relations?*, ambos en RUPESHIGHE, Kumar, *Ethnic conflicts and human rights*, op. cit.

gobierno cingalés optó por una política de victoria militar en nombre de la soberanía nacional. A medida que el conflicto se prolongaba, con un número de víctimas cada vez mayor y sin que se previera una solución, en 1987 se firmó un acuerdo entre la India y Sri Lanka en el que se permitía la intervención militar india para garantizar el cese de las hostilidades y reconocer diversas reivindicaciones de los tamiles.

En 1990, a solicitud del gobierno de Sri Lanka, India retiró sus tropas. El movimiento de guerrilla tamil, que no fue realmente dislocado por el ejército de la India, manifestó su voluntad de negociar con el gobierno central. Pero entre tanto, un movimiento cingalés budista de signo extremista intensificó sus violentos ataques contra el gobierno central, lo que a su vez acarrió violentas contramedidas del gobierno. Una vez más, cientos de civiles fueron víctimas de esta escalada. A comienzos de 1990, después de la retirada de las tropas indias, el nivel de violencia parecía haber disminuido, pero no se preveía una solución política a corto plazo¹⁰⁸.

3.-La revolución sandinista de 1979 en Nicaragua, después de varios años de una guerra de guerrillas, logró derrocar a la sangrienta dictadura que había durado más de 30 años y pudo establecer un gobierno popular revolucionario. Habida cuenta de las orientaciones marxistas de los nuevos dirigentes, el gobierno fue objeto muy pronto de una guerra larvada, de un boicot económico estricto, y de tentativas de derrocamiento por parte de la administración Reagan. En su lucha de resistencia *contra el imperialismo y en defensa tanto de la revolución como de la soberanía nacional en peligro*, los sandinistas quisieron rápidamente establecer su control efectivo sobre todo el país. Esto les hizo entrar en conflicto directo con los miskitos y otros pueblos indígenas de la costa Atlántica, una región que nunca se había integrado efectivamente en la estructura política centralizada de Nicaragua. Habida cuenta de sus viejos vínculos caribeños con el Reino Unido y los Estados Unidos, y de la influencia de la Iglesia morava, que fue establecida originalmente por misioneros americanos, los miskitos, muchos de los cuales habían sido educados en escuelas misioneras americanas a lo largo de la costa, desconfiaban de los revolucionarios de habla española de la región occidental, que ahora estaban a cargo del gobierno central y que deseaban cambiar el estilo de vida, las actividades económicas y los derechos a la tierra tradicionales de este pueblo indígena. Los sandinistas, a su vez, mostraron poca simpatía por las reivindicaciones *étnicas* de los indios y estimaron pronto que su resistencia a las políticas revolucionarias equivalía a una acción contrarrevolucionaria. En 1981 se produjeron detenciones, evicciones, desplazamientos de población y diversos actos de violencia; algunos miskitos se incorporaron de hecho a las fuerzas de la Contra, apoyadas por los Estados Unidos. Otros buscaron refugio entre las comunidades miskitos en la orilla opuesta del Río Coco en el vecino Honduras, mientras que otros optaron por promover sus objetivos en el marco de las nuevas estructuras políticas del país.

En 1985, el régimen sandinista reconoció sus errores y procedió a rectificar su política. Tras extensas consultas se promulgó una nueva Constitución en 1988 en la que se garantizaba la autonomía regional para las comunidades de la Costa Atlántica, pero al mismo tiempo se reservaba un amplio control para el gobierno actual. La mayoría de los refugiados miskitos regresaron del extranjero, otros

108.-RUPESHIGHE, Kumar, *Ethnic conflicts and human rights*, Parte V, *The Tamil-Sinhalese Conflict in Sri Lanka*, op. cit.

depusieron sus armas y volvieron a iniciar una actividad política legítima, y otros muchos aceptaron el reto sandinista de obrar por una autonomía regional efectiva en el marco de las nuevas estructuras políticas¹⁰⁹. A comienzos de 1990, el gobierno sandinista fue derrotado en las elecciones y una coalición de partidos opositores asumió el poder. La mayoría de los miskitos votaron contra el gobierno revolucionario.

Como muestran los casos descritos anteriormente, cuando el conflicto étnico se produce entre un grupo étnico minoritario y una etnia dominante que controla el poder del Estado, es frecuente que se ponga en tela de juicio el concepto de nación y la índole del Estado mismo. En el contexto de las ideologías estatistas dominantes de nuestra época, este tipo de conflicto amenaza la estabilidad de las instituciones de un país y pone claramente de manifiesto las debilidades de las estructuras políticas existentes. Cuando los mecanismos políticos que pueden llevar al consenso de los partidos en conflicto no existen o no son operantes, aumentan las probabilidades de recurso a la violencia por una o ambas partes, lo que a su vez crea una espiral en escalada de violencia y contraviolencia.

En los casos mencionados anteriormente, todos los elementos que acompañan en general al conflicto étnico están presentes en mayor o menor medida en cada uno de ellos. Huelga decir que no todos los elementos están presentes en todos los casos: por ejemplo, el problema de la distribución desigual del poder económico o político, la cuestión del control de la tierra y el territorio, el conflicto lingüístico, la identificación religiosa de las partes, la cuestión de la identidad y de la autoestima del grupo, el problema del mantenimiento de las fronteras, la idea estereotipada del adversario, la ansiedad y el temor del *otro* generado por las distintas percepciones de lo que está en juego, la utilización y el papel de los mitos y símbolos movilizadores, etc.

Los objetivos de las organizaciones y movimientos étnicos que participan en el conflicto varían según las circunstancias y pueden (y a menudo así ocurre) cambiar con el tiempo. Lo que comienza como una simple protesta contra la discriminación o la opresión política, o contra las injusticias y desigualdades percibidas puede transformar el objetivo de la plena igualdad o de una mayor libertad individual en una exigencia de mayor autonomía local o regional, de participación en el poder político y cambios en la estructura del Estado, para llegar al separatismo y la independencia. En general, los movimientos secesionistas, cuyo costo político, económico y humano es muy alto, no han tenido mucho éxito en la época contemporánea. Sin embargo, el objetivo de la secesión o de la creación de un Estado separado, inspira muchos movimientos étnicos y es utilizado a menudo por ellos como un elemento para negociar a nivel político. De hecho, no hay nada que un Estado establecido tema más que la amenaza de una secesión territorial. Los Estados mejor prefieren perder poblaciones que territorios. Desde el Tratado de Westfalia, las fronteras territoriales de los Estados han sido consideradas como los límites sagrados del sistema internacional. Se han llevado a cabo demasiadas guerras por parcelas de territorios para que podamos subestimar el poder del *imperativo territorial* que algunos estudiosos atribuyen a nuestra naturaleza animal.

109.-Ibid, Parte IV, *Ethnic Conflict in Nicaragua.*, op. cit.

Un problema importante que se plantea en relación con los movimientos políticos étnicos es la índole del vínculo étnico en sí, es decir, el significado de la etnicidad. Hay dos escuelas principales de pensamiento al respecto. Los *primordialistas* sostienen que la etnicidad es un vínculo primordial entre los miembros de una comunidad *natural*, que precede a los Estados modelos y a los sistemas de clases, y que los trasciende. La identidad étnica es una característica permanente de la vida del grupo, que puede ser reprimida a veces o existir sólo de manera latente. El objetivo y la función de los movimientos étnicos consiste en *despertar* una etnia y suscitar una conciencia colectiva en torno a la misma; en otras palabras, y parafraseando a Marx, en transformar a la *etnia en sí* en una *etnia para sí*. Muchas etnias estarían de acuerdo con este enfoque. Los tameses, los kurdos y muchos otros sostendrían sin lugar a dudas que su identidad étnica existía antes de que se produjeran los conflictos actuales en que se ven envueltos ¹¹⁰.

Los *instrumentalistas*, por su parte, tienden a considerar que la etnicidad es un arma política, que puede crearse, consolidarse, utilizarse, manipularse o descartarse, en función de las conveniencias políticas. La identidad étnica es sólo una de las muchas opciones que una colectividad dada puede utilizar en beneficio propio; se trata de una cuestión de *elección racional* ¹¹¹. La identidad de los indios miskitos en Nicaragua, por ejemplo, se considera por lo general como un fenómeno bastante reciente y que se ha activado sin duda a raíz del conflicto político que se produjo en dicho país. Lo mismo puede decirse de la identidad de los palestinos, de los sikhs, de los eritreos, de los saharauis y de otros muchos grupos en todo el mundo que invocan la identidad étnica para difundir su mensaje político. Si bien toda generalización sería arriesgada, es probable que la mayor parte de los conflictos étnicos actuales contenga una mezcla de ambos ingredientes: la identidad étnica probablemente tiene sus raíces históricas en la conciencia colectiva, pero también ha sido utilizada intencionadamente por las elites para movilizar el apoyo y delimitar un área precisa de acción política.

La última afirmación nos lleva a analizar otro aspecto importante de los conflictos étnicos contemporáneos, que es el de la relación entre las elites y las masas, entre los líderes y los seguidores, entre los militantes y los espectadores, en otras palabras, el papel de la *vanguardia* étnica. No todos los miembros del grupo étnico participan de la misma manera en los conflictos étnicos. Aunque es posible que los individuos sean víctimas de discriminaciones o de genocidio simplemente por su afiliación étnica, las reivindicaciones y demandas étnicas son formuladas y fomentadas generalmente por las elites militantes antes de que la base de la etnia haya incluso tenido conciencia de ellas, y por supuesto antes que las haya formulado como reivindicaciones propias. A su vez, las elites pueden dividirse en distintas facciones que se distinguen no sólo por lo que respecta a cuestiones de estrategia y de táctica sino también, a menudo, por lo que respecta a los objetivos del conflicto en sí. Así ocurre con los tameses, los kurdos, los miskitos, los republicanos irlandeses, los palestinos y muchos otros. Cabe preguntarse si las elites étnicas expresan

110.-SMITH, Anthony D., *The ethnic origins of nations*, Oxford: Basil Blackwell, 1986.

111.-BANTON, Michael Banton, *Racial and ethnic competition*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983; HOROWITZ, Donald L. op.cit.; ANDERSON, Benedict, *Imagined communities. reflections on the origins and spread of nationalism*, Londres: Verso, 1983.

simplemente las exigencias y aspiraciones subyacentes de los pueblos que pretenden representar, o si imponen sus propias ideologías sobre sus seguidores y sobre sus adversarios y rivales políticos. No es posible responder fácilmente a este interrogante en la medida en que en situaciones de conflicto étnico, por su propia índole es poco probable que las decisiones se tomen democráticamente entre los miembros de una etnia en conflicto. Cuando se procede a consultas más o menos democráticas (como ocurrió en el referéndum de Quebec en 1980) los elementos más radicales generalmente no reciben el apoyo masivo popular de sus propios pueblos.

A primera vista, la mayoría de los conflictos étnicos parecen ser asuntos internos de las Naciones-Estados. Los grupos étnicos se enfrentan entre sí en el marco de una sociedad ya existente; o bien una etnia lucha por sus derechos y el poder con un gobierno central; es posible que se pongan en tela de juicio las políticas estatales e incluso que se modifiquen; también es posible que se modifique la situación o el estatuto jurídico de una minoría étnica. En la medida en que el sistema internacional moderno se basa en el principio de la soberanía del Estado, estos problemas internos se dejan al margen de las preocupaciones de la comunidad internacional. Esta puede ser la situación ideal que respetan los autores contemporáneos pero, de hecho, los conflictos étnicos y la situación de las minorías étnicas han tenido desde hace tiempo consecuencias internacionales y las siguen teniendo hoy en día.

Los Estados europeos manifestaron su preocupación por la protección de los cristianos bajo el Imperio Otomano; a raíz de la Primera Guerra Mundial se firmaron algunos tratados para la protección de las diversas minorías nacionales¹¹²; la Sociedad de las Naciones creó un régimen internacional para la protección de las minorías que se derrumbó después de la Segunda Guerra Mundial. Una vez más, durante este periodo, se firmaron varios acuerdos bilaterales entre Estados, relativos al trato de las minorías nacionales, religiosas y lingüísticas.

Hay varias razones por las cuales un conflicto étnico puede desbordarse a través de las fronteras nacionales y afectar actores externos. Es frecuente que un grupo étnico en conflicto tenga miembros de la misma etnia en otros países. Así, los tamiles de Sri Lanka, los kurdos, los sikhs, los miskitos, los católicos de Ulster, los turcos en Chipre y en Bulgaria, los albaneses en Yugoslavia, los húngaros en Rumania, entre otros, tienen grupos étnicos afines en otro país que por lo general, no siempre, es un país vecino, en los que buscan y a menudo obtienen apoyo político y material. Los insurgentes tamiles encuentran apoyo en Tamilnadu, al otro lado del Estrecho de Palk. Las comunidades sikhs en Gran Bretaña y Canadá apoyan la lucha de los sikhs en el Punjab. Los militantes nacionalistas kurdos en Irán, Irak, Turquía y Siria han encontrado apoyo en los países vecinos según las circunstancias inestables y cambiantes de la política en el Oriente Medio. Los refugiados miskitos de Nicaragua fueron acogidos por las comunidades miskitos en la vecina Honduras antes de que volvieran a sus hogares cuando cambiaron las circunstancias. Así, las relaciones con grupos étnicos afines en el exterior puede ser un importante factor en

112.-CAPOTORTI, Francesco Capotorti, *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, Nueva York: United Nations, 1979; SIGLER, Jay. A., *Minority rights. a comparative analysis*, Westport: Greenwood Press, 1983.

la evolución de un conflicto étnico al parecer exclusivamente interno.

Se impone aquí una nota de cautela. La idea según la cual un conflicto étnico es un asunto meramente interno o doméstico es un mito más de los Estados. De hecho, si un grupo étnico se ve afectado por un conflicto, es muy lógico, no sólo en virtud de una *razón de Estado* ficticia sino también en virtud de una *razón de etnia* igualmente ficticia que otros grupos étnicos afines, dondequiera que se encuentren, presten apoyo a los miembros de su misma etnia, sin tener en cuenta las fronteras internacionales o la cuestión de la soberanía de los Estados. Se trata evidentemente de un asunto objeto de controversia, puesto que lo que puede parecer lógico para los miembros de una etnia es algo muy peligroso y subversivo para los Estados. Un ejemplo: cuando el conflicto entre los miskitos y el Gobierno Revolucionario Nicaragüense llegó a su apogeo, diversas organizaciones indígenas internacionales sugirieron que los indígenas tenían la responsabilidad de ayudar a sus hermanos en lucha. Claro está que el gobierno nicaragüense, que se encontraba en ese momento en una situación de víctima de una intervención externa, consideró que esta posición constituía una clara invitación a una nueva injerencia en sus asuntos soberanos. La mayoría de los gobiernos reaccionan de manera similar y pretenden a menudo negar la importancia de las causas locales de un conflicto étnico, atribuyéndolo simplemente a una injerencia extranjera en sus asuntos internos.

Pueden haber otras razones para explicar la participación externa en un conflicto étnico. El caso más corriente se refiere a las simpatías ideológicas que una de las partes en el conflicto puede suscitar entre los actores externos y éstos, a su vez, pueden considerar el conflicto étnico como una oportunidad para ampliar su influencia y fortalecer su ideología. Mucho se ha escrito sobre la participación de la Libia de Gaddafi en diversos conflictos de esta índole: su apoyo a los movimientos nacionalistas extremistas, tales como el IRA, y el papel que ha desempeñado prestando apoyo a la rebelión de los *moros* en Filipinas y organizando después las negociaciones entre los dirigentes *moros* y el gobierno de Filipinas. Los movimientos izquierdistas de la década de los 70 y de los 80 apoyaron los *movimientos de liberación nacional* en distintas partes del mundo. Los grupos conservadores a su vez, proporcionaron apoyo moral y a veces material a los gobiernos de tendencia ideológica afín que trataba de hacer frente a los conflictos étnicos.

Algunas intervenciones extranjeras no tienen nada que ver con la etnicidad o la ideología, sino simplemente con la geopolítica. Los países vecinos pueden fácilmente verse inducidos a intervenir en un conflicto étnico por sus propias razones políticas de Estado. Así, por ejemplo, tanto Irán como Irak han apoyado a los kurdos que luchan contra el Estado en el país vecino y, sin embargo, han sido acusados de reprimir a los kurdos en su propio territorio. India ha acusado a Pakistán de apoyar el movimiento nacionalista extremista sikh en el Punjab, así como a la rebelión musulmana en Cachemira por razones geopolíticas propias. Y el gobierno de India a su vez ha sido acusado de actuar de manera similar tanto en Sri Lanka como en Tíbet. En este ambiente político, la participación de las grandes potencias ha aumentado a medida que se han multiplicado los conflictos étnicos en el mundo. Unión Soviética, por sus propias razones políticas, intervino en el conflicto étnico de Etiopía, apoyando primero a una de las partes y después a la otra, sin preocuparse mucho de la ideología o la etnicidad. Estados Unidos han apoyado sistemáticamente

a los cristianos en Líbano, a los miskitos contra el gobierno sandinista de Nicaragua, al gobierno de Sri Lanka contra la insurrección tamil, al gobierno filipino contra los moros y las rebeliones tribales, a los ovambos contra el gobierno de Angola y a los hmong contra el gobierno del Viet Nam, entre otros. Al comienzo de 1990, las tres repúblicas bálticas de Unión Soviética declararon su independencia unilateralmente y recibieron muestras de simpatía y comprensión de Occidente, es decir, de los mismos países que no aprueban la independencia de los irlandeses del norte, de los ciudadanos de Quebec o de Puerto Rico.

En estos procesos, la Historia posee un valor político indudable. Algunos movimientos étnicos o nacionalistas son hoy día legados de periodos anteriores de formación de estados o de imperios y, por tal razón, arrastran las consecuencias internacionales de dichos procesos. Actualmente, las repúblicas del Báltico de Unión Soviética manifiestan de nuevo una tendencia nacionalista reprimida durante mucho tiempo y ponen en tela de juicio los acuerdos secretos entre Stalin y Hitler que permitieron a Unión Soviética anexionar las tres repúblicas bálticas independientes en 1940. El movimiento independentista de Puerto Rico todavía rechaza la incorporación de la isla a Estados Unidos como resultado de la guerra hispanoamericana de 1898. Varios grupos étnicos en India, que hubiesen optado por la independencia de haber tenido la oportunidad de hacerlo, rechazan la manera en que la formación del estado indio limitó su propia soberanía (Sikkim, pueblos tribales de Bihar y Assam). Lo mismo puede decirse de los karen y shan en Birmania, así como de Timor Oriental y de Papua Occidental, que forman parte actualmente de Indonesia. Los conflictos en el Sahara Occidental y en Chipre tienen un origen similar. Las Naciones Unidas se han ocupado de algunos de estos casos en el marco de sus órganos especializados, en particular cuando están en juego la noción de la *libre determinación de los pueblos*. Pero, en general, las Naciones Unidas tienden a favorecer el respeto de la soberanía del Estado por encima de sus simpatías por la libre determinación de los pueblos que no constituyen un Estado, salvo en algunos casos de descolonización flagrante, tales como Namibia.

Cuando los conflictos étnicos surgen como resultado de emigraciones o del cambiante equilibrio demográfico en algunos países, el *país de origen* de los emigrantes puede manifestar cierta preocupación a nivel internacional o bilateral acerca del bienestar de sus hijos. Así, India manifiesta interés en la suerte de los indios en Africa Oriental o en el Pacífico (Uganda, Fiji). China adopta una actitud paternal con respecto a los millones de chinos expatriados en Asia Sudoriental y otras regiones. Turquía y Argelia, entre otros, han firmado acuerdos con los gobiernos de Europa Occidental por lo que se refiere a la situación de sus trabajadores emigrantes en estos países.

A pesar de todo lo anterior, la intervención directa hoy en día es más que posible. El acuerdo de 1987 entre India y Sri Lanka es un ejemplo reciente de una intervención directa formal por parte de una potencia regional en un conflicto étnico interno. Varios precedentes hicieron esta intervención casi inevitable, como se señaló anteriormente. Además, India, como potencia regional cada vez más importante, manifestó su preocupación por las implicaciones geopolíticas de la inestabilidad en su flanco meridional. India ofreció sus buenos oficios como mediador, con poco éxito, entre los insurgentes tamiles y el gobierno de Sri Lanka. Según los términos del

acuerdo firmado por India y Sri Lanka en 1987, las tropas indias desarmarían a la guerrilla tamil, y el gobierno de Sri Lanka a su vez reconocería algunas de las reivindicaciones legítimas del movimiento tamil. Sin embargo, de hecho, las tropas indias ayudaron a reprimir varias de las facciones tamilyes, con grandes pérdidas en vidas humanas, y fueron consideradas en Sri Lanka, tanto por los tamilyes como por los cingaleses, como una nueva fuerza de ocupación. En 1990 se retiraron las tropas indias. En el ejemplo de Sri Lanka, la intervención extranjera siguió una pauta casi previsible. En la primera fase, India simpatizó discretamente con una de las partes en conflicto (los tamilyes), luego hizo un esfuerzo de mediación, después intervino militarmente como *pacificador*, con un mandato limitado; posteriormente fue acusado de tratar de imponer su propio diktat a las partes en conflicto, y por último fue objeto de repulsa por todas las partes afectadas¹¹³.

En Sri Lanka tal como en el caso de Ulster, de Chipre y muchos otros, puede afirmarse que un conflicto étnico interno se *desbordó* hacia la arena internacional y se transformó en un conflicto internacional. Sin embargo, ocurre a menudo que las relaciones internacionales entre los Estados adquieren un tinte étnico cuando se producen conflictos étnicos reales o potenciales. Las políticas exteriores de algunos países están claramente inspiradas en simpatías o consideraciones étnicas. Es innecesario recordar la utilización agresiva por parte de la Alemania nazi de los alemanes étnicos en el extranjero durante la preparación de la Segunda Guerra Mundial. Hasta hace muy poco las potencias coloniales planteaban sus objetivos coloniales en términos de teorías de supremacía racial. Cada vez que hay víctimas *blancas* en algún disturbio político en un país del Tercer Mundo, los gobiernos y la opinión pública de los países occidentales manifiestan especial preocupación mientras que se presta poca atención a las numerosas víctimas locales¹¹⁴. La política exterior de Estados Unidos es particularmente sensible a los deseos de los grupos de intereses americanos que encuentran apoyos en el Congreso y en la Casa Blanca. Así, a pesar de que los intereses del gobierno americano están del lado del régimen que preconiza la supremacía de los blancos en Sudáfrica, no pudo ignorar las presiones de la comunidad afroamericana contra el *apartheid* manifestada, en particular, en la demanda pública de sanciones económicas contra Sudáfrica. Una de las razones que explica el apoyo continuo de Estados Unidos a Israel es la fuerza del *lobby* de los judíos americanos en el Congreso. Los americanos de origen árabe empiezan a comprender la importancia de esta actividad para manifestar su propio apoyo a la causa árabe. El apoyo de Estados Unidos a Polonia durante los últimos años reflejaba tanto una ideología antisoviética como las presiones de la comunidad polaca en Estados Unidos¹¹⁵.

La internacionalización de un conflicto étnico tiene otros aspectos, al margen

113.-DE SILVA, K.M. *Indo-Sri Lanka relations 1975-1989: a study in the internationalization of Ethnic conflict*, documento presentado en el ICES *International Workshop on the Internationalization of Ethnic Conflict*, 2-4 agosto, 1989, Colombo, Sri Lanka.

114.-Es legendaria la anécdota de un reportero británico que durante la guerra de Katanga, tras llegar a una aldea congoleña devastada, preguntaba a su alrededor si había alguna mujer, violada por los soldados negros, que hablase inglés, ya que el idioma es un elemento que provoca proximidad entre el protagonista y el público. Cf. SOHR, Raúl, *Historia y poder de la prensa*, Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1998, p. 213.

115.-LONGMYER, Kenneth Longmyer, "Black american semands"; SADD Daud J. y LENDERMANN, G.N., "Arab american grievances", ambos artículo en *Foreign Policy*, nº 60 (otoño de 1985), especial sobre *New Ethnic Voices*.

de la intervención directa o indirecta de los estados vecinos o de las superpotencias. La opinión pública mundial, en particular de Occidente, siempre puede ser manipulada mediante la utilización de los medios de comunicación de masas. Recordemos simplemente la cobertura por todos los medios de comunicación de que fueron objeto la *Intifada* y la resistencia negra en Sudáfrica durante algún tiempo, hasta que los gobiernos de Israel y de Sudáfrica respectivamente impusieron restricciones estrictas a dicha cobertura. Casi de la noche a la mañana, el interés de la opinión pública mundial decayó. Los palestinos y los chiítas en el Líbano, entre otros, han aprendido a utilizar el poder de los medios internacionales de comunicación para llamar la atención o a granjearse la simpatía de la opinión pública mundial (ambos aspectos no son siempre coincidentes).

En la medida en que muchos de los conflictos étnicos actuales se producen en el Tercer Mundo, muchas organizaciones no gubernamentales y organismos de voluntarios que trabajan en los países del Tercer Mundo pueden desempeñar un papel en la intervención internacional. A veces, se convierten en *abogados en el exterior* de la causa de algunos grupos étnicos en conflicto. Los kurdos, los miskitos, los tamiles, el pueblo de Timor Oriental, la población negra de Sudáfrica y otros pueden contar con el apoyo y la simpatía de muchas de estas organizaciones que operan desde Europa Occidental y América del Norte y que no sólo proporcionan una publicidad en el extranjero a la causa del grupo étnico, sino que también canalizan recursos y todo tipo de ayuda para dichos grupos. Los organismos donantes del mundo industrializado desempeñan un papel cada vez más importante en los proyectos de desarrollo en muchos países subdesarrollados. Si bien una parte de la ayuda se destina directamente a proyectos locales y contribuye al bienestar de la población a nivel de la base, a menudo se canaliza a través de organismos gubernamentales locales. Los grupos étnicos en conflicto con un Estado a menudo se quejan de que dicha ayuda no les llega, o se les retiene y en realidad refuerza el poder del Estado. En tales circunstancias, los organismos donantes pueden amenazar con retirar o suspender sus contribuciones a un país dado, intentando influir de este modo en el comportamiento de un gobierno en relación con el conflicto. Como ejemplos, cabe citar las presiones que ejercieron sobre el gobierno de Sri Lanka muchos organismos donantes para que modificara sus políticas respecto a los tamiles. Se ejercieron presiones similares sobre el gobierno de Sudán en relación con el conflicto en el Sudán Meridional, o sobre Etiopía en el conflicto del Tigré y Eritrea. Los gobiernos, por supuesto, reaccionan negativamente a estas políticas, considerándolas como una injerencia inadmisibles en sus asuntos internos.

Otra forma importante y potencialmente más eficaz de interés internacional se manifiesta a través del sistema de las Naciones Unidas. Si bien las Naciones Unidas respetan escrupulosamente la soberanía de los Estados, en principio pueden verse implicadas en conflictos étnicos (al igual que en otros tipos de conflictos internos) en el marco de tres mandatos distintos: a) cuando un conflicto representa un peligro claro para el mantenimiento de la paz; b) cuando se trata de un problema de descolonización y c) cuando implica violaciones masivas de derechos humanos. Las Naciones Unidas han emprendido misiones de mantenimiento de la paz en algunos conflictos étnicos (Líbano, Chipre), pero sólo cuando el conflicto había adquirido un carácter internacional y había intervenido un país externo. En el marco

de la función de las Naciones Unidas en el proceso de descolonización, la Asamblea General ha aprobado numerosas Resoluciones en relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos, pero estas resoluciones no siempre han sido respetadas por los Estados que ejercen el poder sobre el territorio y los pueblos afectados. Pueden citarse como ejemplos el Sahara Occidental y Timor Oriental¹¹⁶.

En los últimos años, Naciones Unidas se ha preocupado cada vez más por las situaciones de conflicto en que se producen violaciones masivas de los derechos humanos. Sin lugar a dudas, sus procedimientos son muy lentos y complicados. Sin embargo, cada vez con más frecuencia se pide que actúen para poner término a dichas violaciones. La Comisión de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, entre otros órganos especializados, han examinado los casos de violaciones de los derechos humanos en el marco de conflictos étnicos. En los últimos años, por ejemplo, la Subcomisión se ha ocupado de la situación en Sri Lanka, de la suerte de los chakmas y otras tribus de las montañas de Chittagong de Bangladesh, de los pueblos indígenas de las Américas, el genocidio ocurrido en Armenia hace más de setenta años (los armenios desearían que las Naciones Unidas reconocieran que este genocidio tuvo lugar mientras que el gobierno turco lo deniega), y por supuesto, del *apartheid*. Las comunicaciones sobre violaciones de los derechos humanos sometidos a los órganos especializados de las Naciones Unidas se basan en los derechos estipulados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los conflictos étnicos, por su duración, su intensidad y su carácter a veces irracional, conducen muy a menudo a violaciones masivas de los derechos humanos. La internacionalización de los conflictos étnicos puede tener distintos tipos de consecuencias por lo que respecta al propio conflicto.¹¹⁷ Se han distinguido cinco pautas al respecto :

- -La exacerbación del conflicto como resultado de la intervención extranjera.
- -La prolongación del conflicto como resultado de una intervención de intereses externos.
- -La moderación del conflicto a consecuencia de las presiones internacionales.
- -La conciliación de las partes en el conflicto como resultado de la mediación o la intervención de un elemento externo.
- -La transformación del conflicto, es decir, que el conflicto étnico puede ser superado por intereses no étnicos de terceros y transformarse en otro tipo de conflicto totalmente distinto.

2.-El medio: la limpieza étnica

Para mayor confusión, en la Postguerra Fría surge un nuevo término en el

116.-GROS ESPIELL, Héctor, *El derecho a la libre determinación. Aplicación de las Resoluciones de las Naciones Unidas*, Nueva York: Naciones Unidas, 1979.

117.-PREMDAS, Ralph R., "The internationalization of ethnic conflict: theoretical explorations", documento presentado al ICES *International Workshop on the Internationalization of Ethnic Conflict*, 2-4 agosto, 1989, Colombo, Sri Lanka.

que se engloban los delitos contra la humanidad y el genocidio, de forma un tanto espontánea, y muy extendida gracias a los medios de comunicación: la *limpieza étnica*. Quizás sea más exacto aludir a este concepto como método que como delito en sí mismo. De acuerdo con el *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, de Naciones Unidas, es un *eufemismo utilizado para designar la exterminación de un grupo étnico*¹¹⁸. La CSCE (hoy OSCE) la definió mediante una enumeración de sus contenidos en multitud de documentos: *violación de las normas humanas básicas, violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la deportación en masa...*¹¹⁹. Por su parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en su *Declaración y Programa de Acción de Viena* (de 25 de Junio de 1993)¹²⁰ establecía en sus puntos 28, 23 y 24, su visión sobre este concepto:

23.-La Conferencia Mundial de Derechos Humanos subraya que todas las personas que cometan o autoricen actos delictivos relacionados con la "limpieza étnica" son responsables a título personal de esas violaciones de los derechos humanos, y que la comunidad internacional debe hacer todo lo posible para entregar a la justicia a los que sean jurídicamente responsables de las mismas.

24.-La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide a todos los Estados que, individual y colectivamente, adopten medidas inmediatas para luchar contra la "limpieza étnica" y acabar con ella sin demora. Las víctimas de la abominable práctica de la "limpieza étnica" tienen derecho a entablar los recursos efectivos que correspondan.

28.-La Conferencia Mundial de Derechos Humanos expresa su consternación ante las violaciones masivas de los derechos humanos, especialmente el genocidio, la "limpieza étnica" y la violación sistemática de mujeres en situaciones de guerra, lo que da lugar al éxodo en masa de refugiados y personas desplazadas. Condena firmemente esas prácticas odiosas y reitera su llamamiento para que se castigue a los autores de esos crímenes y se ponga fin inmediatamente a esas prácticas.

No existe una definición clara de la limpieza étnica, ni tampoco jurídica, por lo cual debe estimarse que es más un término coloquial, de mayor o menor éxito, que un concepto jurídico establecido en un Tratado Internacional. Al respecto, JETT ha señalado que es un...

*...término que muchos escuchamos pero pocos realmente entendemos su significado. No es un concepto abstracto, sino implica varias actividades concretas y prácticas que constituyen violaciones masivas de derechos humanos fundamentales.*¹²¹

118.-Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de Naciones Unidas, acta resumida de la 1195ª sesión, *Bosnia and Herzegovina, Jordan, Nepal*. 20/03/97. CERD/C/SR.1195, en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>.

119.-Cf. Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), *Tercera Reunión del Consejo, 14-15 de diciembre de 1992, Resumen de las Conclusiones, Decisiones para el arreglo de controversias por medios pacíficos*; también CSCE, *Cuarta Reunión del Consejo, 30 de noviembre - 1 de diciembre de 1993. La CSCE y la Nueva Europa - Nuestra Seguridad es Indivisible. Decisiones de la Reunión del Consejo en Roma*; ambos en Internet, <http://www.osce.org/docs/spanish>.

120.-<http://www.lander.es/~lepddhh/art5.html>.

121.-<http://ekeko.rcp.net.pe/usa/ambos.htm>.

De acuerdo con la experiencia deducida de las guerras contemporáneas de Yugoslavia, este autor distingue los distintos elementos que forman la *limpieza étnica*:

-Concentración. Rodear el área que va a ser limpiada y luego de advertir a los residentes serbios -a menudo se les pide que ellos también abandonen sus hogares o por lo menos marquen sus casas con banderas blancas-, intimidar a la población objeto de la "limpieza" (llámese croatas o albanos-kosovares) con fuego de artillería y ejecuciones arbitrarias, y luego llevarlos fuera de sus hogares hacia las calles.

-Decapitación. Ejecutar a los líderes políticos y a aquellos que sean capaces de tomar sus lugares: abogados, jueces, funcionarios públicos, escritores, profesores, etc.

-Separación. Dividir a las mujeres, niños y ancianos de los hombres en edad de pelear (entre 16 y 60 años).

-Evacuación. Transportar a las mujeres, niños y ancianos a la frontera, expulsándolos a un territorio o país vecino.

-Liquidación. Ejecutar a los hombres en edad de pelear y deshacerse de sus cuerpos.

Es así como las tropas serbias "limpiaron" más del 70 por ciento del territorio bosnio en sólo seis semanas durante la primavera boreal de 1992, "limpiaron" parte del territorio kosovar el año pasado y lo continúan haciendo este año.

La *limpieza étnica* comprende, de acuerdo con lo visto, el secuestro, el asesinato, la deportación, la violación, los atentados contra los bienes culturales, etc, de una comunidad, con el objetivo de destruirla. El fin por el que se ha llevado a cabo en Yugoslavia ha sido la eliminación de comunidades concretas, a las que se ha definido un tanto artificialmente de acuerdo con criterios raciales, que se habían difuminado tras la dictadura de Tito. También es cierto que el judío europeo que sufrió el Holocausto no poseía unos rasgos raciales concretos que le indentificaran claramente respecto al resto de la sociedad. Incluso el arquetipo ario fallaba cuando de trasladaba del pensamiento de Rosemberg a la realidad alemana: el propio Hitler no cumplía las características físicas que debían reunir, por biotipo, un ario puro. Estas comunidades se han definido por sus propios miembros como *étnicas*, y la opinión pública se ha hecho eco de ello, con lo cual la confusión no ha hecho más que aumentar. La distinción entre croatas y serbios, basada en la raza o la etnia, es un salto atrás en la concepción moderna de la política, como lo es la que se pretende establecer por nacionalistas europeos, entre vascos y españoles o entre bretones y franceses. Si planteamos la hipótesis de un futura desmembración de España en diversos Estados que entraran inmediatamente en guerra, denominar la lucha entre gallegos, andaluces, catalanes y vascos como *étnica* sería un dislate.

Una de las manifestaciones peores de la *limpieza étnica* es la agresión sexual. En la actualidad, se ha estimado que las mujeres y las personas que dependen de ellas constituyen 70 por ciento de los 23 millones de refugiados que malviven en el mundo. Ello no solo no impide, sino que facilita que sufran, como consecuencia de la guerra, muerte, invalidez física, traumas de por vida orfandad,

analfabetismo, enfermedad y pobreza. Es a ellas a quienes se les deja la manutención de las familias. Con frecuencia, las mujeres son víctimas de torturas, desapariciones y abuso sexual sistemático como arma de guerra. Al mismo tiempo, no tienen ninguna participación en las decisiones con respecto a conflictos regionales o internos¹²².

Sin duda, de las mayores atrocidades a las que se puede someter una mujer en tiempo de guerra o conflicto bélico es la violación y el abuso sexual. La violación de mujeres del bando perdedor por los soldados vencedores tiene una larga tradición militar. En el siglo XII los cruzados violaban a las mujeres en nombre de la religión, en el siglo XVIII los soldados ingleses violaban sistemáticamente a mujeres escocesas durante la sublevación de Escocia. También fue un arma de terror usada por el ejército alemán durante la Primera Guerra Mundial y un arma de venganza empleada por el ejército soviético en la Segunda. Hace medio siglo, la violación fue proscrita por los Convenios de Ginebra, es decir, las normas internacionales que rigen los conflictos: *las mujeres serán especialmente protegidas... contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor.*

La violación por soldados es un acto de tortura y está claramente prohibida por las normas que rigen los conflictos bélicos y las internacionales de derechos humanos. Sin embargo, en casi todas las guerras modernas, tanto nacionales como internacionales, se producen abusos sexuales contra las mujeres porque sus cuerpos se consideran un legítimo botín de guerra. Los abusos sexuales en tiempo de guerra deberían superar en su tratamiento penal y por su importancia para el Derecho Militar, el marco genérico que reciben, como formas delictivas, en las sociedades comunes a través de sus respectivos códigos penales ordinarios, ya que por lo general, como ha declarado Naciones Unidas en multitud de documentos, la práctica demuestra que tienden a configurarse como delitos *colectivos* y *continuados*, y que se comenten en concurso con otras acciones antijurídicas, tales como el genocidio, delitos contra la humanidad, contra las leyes y usos de la guerra o esclavitud¹²³. Así entendida, la violación, además de un delito en sí, se convierte en un comportamiento bélico, en un procedimiento de combate de consecuencias muy dañinas¹²⁴.

Alrededor del 75 por ciento de los muertos en guerras son civiles, una proporción que ha crecido constantemente desde principios de siglo, cuando se estimaban en torno al 15 por ciento. Buena parte de estas víctimas son, evidentemente, mujeres, especialmente expuestas al abuso y a la explotación sexual¹²⁵. En una sociedad devastada por la guerra, ejercer la prostitución o ser amante de un militar es una alternativa para conseguir los ingresos que se precisan para mantenerse una persona o a sus familias:

Cambiábamos nuestros cuerpos por comida. Los rebeldes

122.-<http://serpiente.dgsca.unam.mx/cinu/>

123.-McDOUGALL, Gay J., Special Rapporteur, "Contemporary forms of slavery, Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict. Final report submitted by...", United Nations, Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/1998/13 (22-junio-98); se encuentra disponible en hipertexto en la páginas web siguientes: <http://www.un.org/>; y también <http://www.hri.ca/fortherecord1998/documentation/commission/e-cn4-sub2-1998-13.htm>.

124.-BASSIOUNI, M. Cherifi, "Sexual violence: an invisible weapon of war in the Former Yugoslavia", *Occasional Paper n° 1* (International Human Rights Law Institute, DePaul University College of Law, 1996), p.3.

125.-Cf.-*Armas para luchar, brazos para proteger*, Madrid: Panos Institute/Círculo de Lectores, 1996.

*controlaban todos los alimentos que había en el país en esos momentos. Las mujeres que tenían mucho orgullo y gran autoestima preferían morir de hambre. Pero si querías vivir tenías que tener alguna clase de trato con un rebelde. Actualmente las relaciones entre hombres y mujeres son puramente económicas. Simplemente creemos en el sistema de trueque que empezó en la guerra. Yo te doy el placer de mi cuerpo, tú me das el placer de tu bolsillo.*¹²⁶

Prostitución aparte, la violación es un arma de guerra¹²⁷. Se utiliza para minar la identidad de una comunidad, especialmente donde está en juego la pureza étnica o religiosa. Ultrajando a las mujeres se puede quebrantar y desmoralizar a los hombres, sirve para castigar, intimidar y humillar al adversario. Además, si la violación produce un embarazo, el futuro parto puede ser también un instrumento de limpieza étnica: el nuevo hijo no será bosnio o tutsi puro, sino serbio o hutu, ya que en los países subdesarrollados se tiende a basar la etnicidad en la filiación paterna.

La violación tiene lugar, a menudo, ante los ojos de la familia y de la comunidad, con lo que se convierte en un ataque contra ella, aunque sean las mujeres las que sufren física y psicológicamente, y llevan el peso de la vergüenza y del ostracismo social. El rechazo o el menosprecio de la familia y de la comunidad es una de las consecuencias de los abusos y de la explotación sexual que mayor alcance tiene para las mujeres. Incluso cuando la comunidad reconoce que fueron víctimas de la guerra y siente compasión, las considera dañadas para siempre. No se debe pensar que este tipo de delitos se cometen solamente con mujeres como sujeto pasivo; los hombres están también expuesto a ser víctimas de violaciones, aunque la realidad demuestre que en menor proporción. En la violación masculina no se busca tanto el placer sexual como la humillación del enemigo, prisionero o vencido. Se han registrado casos en países árabes y orientales, en los que la homosexualidad no es considerada, como en las Fuerzas Armadas occidentales, contraria a la esencias militares y en los que se admitía y practicaba la violación por sodomización del prisionero varón¹²⁸.

La cuantificación de la violación en tiempo de guerra es prácticamente imposible. El miedo al estigma social, al rechazo familiar y conyugal, la vergüenza impiden que las mujeres denuncien lo sucedido¹²⁹. De 107 mujeres ugandesas violadas por soldados, sólo la mitad se atrevió a contárselo a alguien durante los siete días siguientes al suceso¹³⁰. Algunas llegan al suicidio. En Yugoslavia, por

126.-United Nations, Economic and Social Council, Commission of Human Rights, *Preliminary report submitted by the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, in accordance with Commission on Human Rights resolution 1994/45*, en <http://www.unhcr.ch/refworld/un/chr/chr95/thematic/42.htm>.

127.-Tamil Centre For Human Rights (UK), "Rape as a weapon of war", en la página web siguiente: <http://www.tamilrights.org/reports/1997r/rapeweap.htm#Reference>; también Women for Women in Bosnia, "Rape: a strategy of war in the Former Yugoslavia", en <http://www.womenforwomen.org/>.

128.-Cf. "Bisexuals, Gays, and Lesbians in the Military", en <http://members.aol.com/co501boy/BGL.htm>; también PELL, M., MAHTANI, A., HINSHELWOOD, G., FORREST, D., "The sexual abuse of men in detention in Sri Lanka", *Lancet*, nº 355 (10 de junio de 2000), ps. 2067 y sis.

129.-Ibid.

130.-SWISS. Shana, y GILLER, Joan E., "Rape as a crime of war: a medical perspective", *Journal of the American Medical Association*, vol. 270, nº 5 (1993), p. 612 y sis. Se puede consultar en Internet, en la dirección siguiente: gopher://gopher.igc.apc.org:5000/00/int/phr/women/2; cf. también AOLAIN, Fionnuala Ni, "Radical rules: the effects of evidential and procedural rules on the regulation of sexual violence in war", *Albany Law Review*, nº 60 (1997), ps. 883 y sis.

ejemplo, se han dado casos de suicidios tras las entrevistas a que fueron sometidas las víctimas por las autoridades locales en las investigaciones abiertas al efecto. Por este motivo, los expertos recomiendan cautela: *las mujeres afectadas necesitan sentirse seguras antes de hablar sobre el tema*¹³¹. Otras, pertenecientes a comunidades o sociedades cerradas en las que la víctima de una violación es considerada estigmatizada (generalmente aquellas en las que el mantenimiento a ultranza de la virginidad se considera una obligación por parte de la mujer, como la árabe, los judíos ortodoxos, la religión hindú, el catolicismo del sur de Europa) terminan prostituyéndose, ya que el rechazo social les veta cualquier otra forma de supervivencia¹³².

Los efectos de este tipo de tortura son tremendamente dolorosos, sobre todo en el Tercer Mundo. Veamos un ejemplo: veintitrés mujeres, de edades comprendidas entre los 13 y los 80 años, fueron violadas por grupos de soldados hindúes en la aldea cachemir de Kunan Poshpura, en febrero de 1991¹³³. Tres años después, la situación de las mujeres en edad de casarse era desesperada. Según una organización gubernamental local, una de las mujeres, embarazada de cinco meses y medio, sufrió un aborto dos semanas después. Otras dos, una de ellas madre de seis hijos, se habían suicidado. Otras seguían en tratamiento por las heridas sufridas durante la violación. El pueblo entero estaba sumido en el infortunio. No ha habido ninguna boda en la aldea en los últimos tres años. Todas las jóvenes, las violadas y las no violadas, están solteras. Todas las mujeres casadas que fueron violadas han sido abandonadas. Desde entonces se han recibido con regularidad informes de violaciones en Jammu y Cachemira, usadas para castigar a las mujeres sospechosas de apoyar a los separatistas armados y para intimidar a la población local. Un puñado de soldados han sido procesados o han sido sometidos a medidas disciplinarias por violación.

Europa no se ha librado, con sus centurias de fina civilización, de esta lacra. Naciones Unidas ha señalado, en multitud de documentos, que la violación sistemática de mujeres de antigua Yugoslavia ha sido uno de los instrumentos básicos de la limpieza étnica. Cuando un soldado viola a una mujer, esa violación no es un acto privado de violencia, sino un acto de tortura del que es responsable el Estado y su mandos militares. El hecho de que muy frecuentemente los gobiernos de todo el mundo no investiguen ni castiguen los abusos que cometen sus fuerzas ha permitido que la violación se convierta en un arma de guerra. El precio que pagan las mujeres son daños psicológicos que duran toda la vida, graves lesiones físicas, embarazo, enfermedad y muerte.

En la panoplia del crimen, en la historia universal de la infamia, destacan dos historias al respecto: las *jugun ianfu* japonesas y las violaciones sistemáticas cometidas en Bosnia y Kosovo.

El ejemplo más claro de degradación militar de unas Fuerzas Armadas disciplinadas y bien organizadas, en este aspecto, nos lo ofrece el ejército japonés y

131.-Ibid; también FAIRSTEIN, Linda A., "Sexual violence: our war against rape", en la página web siguiente: <http://www.lindafairstein.com/>.

132.-United Nations, Economic and Social Council, Commission of Human Rights, *Preliminary report submitted by the Special Rapporteur on violence against women...*, op. cit.

133.-<http://www.amnesty.org/ailib/intcam/women/womenspa.txt>.

sus *consoladoras*¹³⁴ (*jugun ianfu*), así como de inactividad, cinismo, falta de sensibilidad y de voluntad para la reconciliación por parte del gobierno japonés sobre estos temas.

Al tiempo Japón desarrollaba su política imperialista, la autoridades militares japonesas obligaron a prostituirse a miles de mujeres, adolescentes y niñas de Corea, China, Filipinas, Indonesia y otras naciones, antes y durante la Segunda Guerra Mundial. Los primeros datos sobre burdeles militares japoneses que se han encontrado se remontan a la colonización de Corea en 1910, pero todo parece indicar que hasta la invasión de Manchuria no fueron organizados oficialmente, cuando fue nombrado jefe del servicio de prostitución el médico militar Tetsuo Aso¹³⁵. Además de los burdeles militares, las fuerzas japonesas violaron con frecuencia mujeres chinas civiles, como sucedió, por ejemplo, en Nanking y Nanjing.

El gobierno de Japón negó durante décadas la implicación de las autoridades militares en sistemas para proveer de las *consoladoras* a los soldados y oficiales de su ejército en Asia; sin embargo, recientemente ha admitido esta participación y los dirigentes políticos se han disculpado oficialmente por las atrocidades cometidas. No

134.-Para una mayor información sobre la historia de estas mujer, cf. KAZUKO, Watanabe, "Militarism, colonialism, and the trafficking of women: "comfort women" forced into sexual labor for japanese soldiers", *Bulletin of Concerned Asian Scholars*, vol. 26, no. 4 (octubre-diciembre de 1994), en Internet, en la página web siguiente: <http://csf.colorado.edu/bcas/sample/comfdoc.htm>. El estado en que quedaron estas mujeres se refleja en la siguiente declaración de una de ellas, llamada Kim Hak-soon, que se recoge en este artículo: *I was born as a woman but never lived as a woman...I suffer from a bitterness I do not know how to overcome. I only want to ask the Japanese government not to go to war again. I feel sick when I am close to a man. Not just Japanese men but all men--even my own husband, who saved me from the brothel--have made me feel this way. I shiver when I see the Japanese flag. Because it carried that flag, I hated the airplane I took to come to Japan. I've kept trying to disclose the facts....Why should I feel ashamed? I don't have to feel ashamed.* Cf. IRYUMIYON Kim, *The emperor's army and Korean comfort women*, Tokyo: Sanichi Shobo, 1976; YUKO, Suzuki, *Military comfort women and marriage between Japanese and Koreans*, Tokyo: Miraisha, 1992, del mismo autor, *Korean military comfort women*, Tokyo: Iwanami Shoten, 1991; y *Military comfort women issues and sexual violence*, Tokyo: Miraisha, 1994. Para la valoración jurídica de esta prostitución militar forzada como crimen de guerra, véase PARKER, Karen, "Statement of comfort woman (*jugun ianfu*)", en <http://www.webcom.com/hrin/parker/j-cw-aff.html>. Naciones Unidas también se ha manifestado al respecto: cf. United Nations, Economic and Social Council, Commission of Human Rights, *Preliminary report submitted by the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences...*, op cit.

135.-Para una mayor información e investigación sobre la documentación en que constan estos datos, cf. *Historical Background of the War Compensation Issue in Japan; II- Chapter Five: Korean Military Comfort Women*, <http://www.twics.com/~max/E/epage13.htm>. En este artículo se transcribe, traducido del japonés al inglés, alguna de las reglas de uso de un burdel militar operativo al final de la guerra:

Regulations Concerning Servicemen's Clubs

Internal regulations of the 3475th Unit of the Army issued in December 1944:

- 1) *The following rules provide the necessary details concerning servicemen's clubs.*
 - 2) *Those things which are not indicated here should all fall under the general regulations of the Unit.*
 - 3) *Servicemen's clubs operating in our defense area should never entertain local officials or citizens. Also, our servicemen and gunzoku are strictly prohibited from visiting local brothels.*
 - 4) *Items concerning servicemen's clubs in our defense area are put under the jurisdiction of the head of the defense troops who helps control the clubs.*
 - 9) *Medical tests of servicing women are conducted once a month by appointed military surgeons, and results will be publicly announced (medical tests are usually conducted on the 8th, 18th, and 28th of each month, and the precise time will be announced each time.) These tests should be attended by the military police.*
 - 15) *Fees for the servicemen's club are as follows: 3.00 yen for officers, 2.50 yen for non-commissioned and civilian employees and 2.00 yen for soldiers.*
 - 16) *Operating hours are from 12:00 to 24:00 daily. Overnight stays are basically prohibited.*
 - 17) *Lower ranking visitors to these clubs should bring a certificate provided by regulations with them.*
 - 18) *Service hours by rank are as follows: 12:00 to 17:00 for soldiers, 17:00 to 20:00 for non-commissioned officers, and 20:00 to 24:00 for officers.*
- Generally, the notion that these servicing women are common property should be strongly promoted and a sense of monopoly is strictly prohibited.*

obstante, se ha negado sistemáticamente la indemnización a las víctimas, y ningún cargo militar de la época ha comparecido ante los tribunales para responder por este sistema de esclavitud sexual. Se estima que aproximadamente entre 100.000 y 200.000 mujeres fueron obligadas a prostituirse. Algunas de estas mujeres han testificado que se les obligaba a tener relaciones sexuales con decenas de soldados cada día en burdeles (*centros de esparcimiento*) controlados directa o indirectamente por militares. Según los informes, muchas de ellas murieron como consecuencia de enfermedades de transmisión sexual no tratadas, duros castigos o actos indiscriminados de tortura. A otras, las tropas japonesas en retirada las dejaron morir cerca de las líneas del frente, al final de la guerra. Aunque en los últimos años las organizaciones no gubernamentales y los gobiernos asiáticos han publicado los nombres de cientos de *ex consoladoras* que sobrevivieron, probablemente nunca se conozca el número total de mujeres que pasaron por este trance. Así pues, la historia de Pantaleón y las *visitadoras*, de MARIO VARGAS LLOSA, en la realidad tiene unos perfiles mucho peores que en su célebre novela.

En agosto de 1993, el que fuera entonces primer ministro Hosokawa Morihiro expresó sus *condolencias* a las mujeres y otras víctimas de la *agresiva y equivocada* guerra hecha por Japón. El mismo parecer expresó en agosto de 1994 Murayama Tomiichi, entonces primer ministro, al hacer público un plan para gastar mil millones de dólares-USA a lo largo de cinco años, en proyectos relacionados con la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el gobierno se ha negado a indemnizar a las *ex consoladoras*. Su postura consiste en que todas las reclamaciones de indemnización quedaron resueltas en el Tratado de Paz de San Francisco, de 1951, y en otros tratados firmados por Japón y diversas naciones asiáticas. Varias organizaciones no gubernamentales, incluida la Comisión Internacional de Juristas, han instado a las autoridades a conceder tales indemnizaciones; algunas *ex consoladoras* han demandado al gobierno japonés ante tribunales de Japón, pero ninguna de ellas ha tenido como resultado la concesión de la indemnización.

En cuanto a las violaciones cometidas por las fuerzas armadas de Bosnia-Herzegovina han recibido una publicidad sin precedentes, y la amplitud de los abusos sexuales en la zona han producido una conmoción y una consternación enormes en la comunidad internacional. Las mujeres han sido violadas en sus domicilios por soldados de su propia localidad o por forasteros de paso. Soldados y policías han violado a las prisioneras de guerra en los centros de detención. La violación de mujeres se ha perpetrado de una forma organizada y sistemática, de acuerdo con planes precisos que disponían, según el ejemplo japonés, la reclusión en antiguos hoteles, cuarteles y comisarías reconvertidas en burdeles militares, con el único fin de hacer más fácil la violación, la prostitución forzada y, en general, la esclavitud sexual.

Los ejemplos que se pueden traer a colación son muchos e igual de sórdidos. A modo de resumen podemos citar el siguiente caso, repetido *ad infinitum* en multitud de mujeres yugoslavas: los serbios raptaron en su pueblo a una muchacha musulmana de 17 años y la llevaron a una cabaña de un bosque cercano, en junio de 1992. Allí permaneció retenida durante tres meses junto con otras 23 mujeres. Ella y otras 11 más fueron violadas repetidamente delante de las otras mujeres que,

cuando trataban de defenderla, eran golpeadas por los soldados¹³⁶.

Militares de todos los bandos de este conflicto se han convertido en violadores y sus víctimas han sido mujeres de todas las procedencias, aunque la mayoría de las violaciones de las que ha tenido conocimiento se perpetraron en mujeres musulmanas a manos de soldados y milicianos serbios. El abuso sexual de mujeres se integra en una pauta de guerra más amplia, caracterizada por la intimidación de las poblaciones musulmana y croata, lo que ha conducido a millares de ellos a huir o ser expulsados de sus zonas de residencia. Según informó el Relator Especial Naciones Unidas sobre el conflicto en la ex Yugoslavia, la violación se usaba como instrumento de limpieza étnica¹³⁷. Se ha reunido información de violaciones públicas realizadas en numerosas ocasiones, por ejemplo, delante de todo un pueblo, concebidas para aterrorizar a la población y obligarla a huir¹³⁸. Además, la violación se ha cometido de forma generalizada como arma propagandística: todos los bandos han restado importancia o negado los abusos cometidos por sus propias fuerzas y han exagerado los de sus oponentes¹³⁹. Se ha utilizado también para deshumanizar al enemigo y a la población civil en la mente de los propios soldados, para desmoralizar y castigar a sus enemigos y recompensar a sus tropas. Como consecuencia, las mujeres han sido violadas no sólo por extraños, sino también por quienes fueron un día sus vecinos.

3.-Perspectivas nacionales: casos concretos

Durante los años posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial, se tomaron una serie de iniciativas nacionales para perseguir estos delitos, en paralelo al desarrollo del movimiento doctrinal que culminaría en la creación de los tres Tribunales internacionales actuales, que se examinarán en el siguiente tomo. Los casos citados son los siguientes:

3.1.-El caso *Eichmann*

Supone el primer caso en que un Estado no beligerante en la Segunda Guerra Mundial, Israel, intentaba ejercer su jurisdicción universal para sancionar a los autores de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad¹⁴⁰. En virtud de la

136.-Cf. United Nations, Economic and Social Council, Commission of Human Rights, *Preliminary report submitted by the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences...*, op cit.

137.-MAZOWIECKI, Tadeuszi, Special Rapporteur on the situation of Human Rights, "Report of the Team of Experts on Their mission to investigate allegations of rape in the territory of the Former Yugoslavia", U.N. Doc. E/CN.4/1993/50 (10 de febrero de 1993), en la página web <http://www.hri.ca/fortherecord1998/documentation/commission/e-cn4-sub2-1998-13.htm>.

138.-Ibid; Secretario General de Naciones Unidas, "Report on rape and the abuse of women in the Territory of the Former Yugoslavia", U.N. Doc. E/CN.4/1994/5 (30 de junio de 1993); "Final report of the United Nations Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)", "Annex II, Rape and sexual assault: a legal study", documento de Naciones Unidas S/1994/674/Add.2, Vol. I (28 de diciembre de 1994), en Internet, página web siguiente: <http://www.ess.uwe.ac.uk/comexpert/ANX/II.htm>; por último, cf. McDOUGALL, Gay J., Special Rapporteur, "Contemporary forms of slavery, systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict...", op. cit.

139.-MORRIS, Madeline, "By force of arms: rape, war, and military culture", *Duke Law Journal*, vol. 45, (1996).

140.-Tribunal de Distrito de Jerusalén, fiscal del Estado de Israel contra Eichmann, en *Israel Law Review*, vol. 36, n° 5, 1961. Para un análisis más completo del caso *Eichmann*, cf. BAADE, "The Eichmann trial: Some legal aspects", *Duke Law Journal*, 1961, p. 400; FAWCETT, "The Eichmann Case", en *British Year Book of International Law*, vol.

ley israelí de 1951, relativa al castigo de los nazis y de los colaboradores nazis, Eichman fue acusado de los siguientes delitos:

- 1.-Crímenes contra el pueblo judío.
- 2.-Crímenes de lesa humanidad.
- 3.-Crímenes de guerra.
- 4.-Pertenenencia a organizaciones hostiles.

Los crímenes de lesa humanidad se pueden reprimir si se han perpetrado durante el período del régimen nazi, en territorio enemigo y se definen como cualesquiera de los siguientes actos: *asesinato, malos tratos, deportación para trabajos forzosos o con cualquier otra finalidad, de personas civiles de o en los territorios ocupados; asesinato o malos tratos infligidos a prisioneros de guerra o a personas en el mar; ejecución de rehenes; pillaje de bienes públicos o privados; destrucciones arbitrarias de ciudades, villas o aldeas y devastación no justificada por las necesidades militares.*

De conformidad con la ley israelí, la definición de crimen contra la humanidad difería de la consignada en los Estatutos del Tribunal de Nuremberg. De hecho, no era necesario establecer un nexo entre la comisión de un crimen de lesa humanidad y cualquier otro crimen (crímenes de guerra o crímenes contra la paz); lo que se exigía era que el delito hubiera sido perpetrado *durante* el régimen nazi.

3.2.-El caso Klaus Barbie

En el caso de Klaus Barbie, jefe alemán de la Gestapo en Lyon, el Tribunal de Casación francés dictaminó que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles y que pueden ser objeto de un procedimiento judicial en Francia, cualesquiera que hayan sido la fecha y el lugar de su comisión:

*Considerando que son crímenes imprescriptibles de lesa humanidad, en el sentido del artículo 6 (c) de los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, -aunque se podrían calificar también de crímenes de guerra en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 (b) del mismo texto- los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre de un Estado que practica una ideología política hegemónica, se han cometido de manera sistemática, no sólo contra personas pertenecientes a un grupo racial o religioso, sino también contra los adversarios de esta ideología, sea cual fuere la forma de su oposición.*¹⁴¹

Cabe destacar que el Tribunal de Casación añade aquí un nuevo requisito en relación con la calificación de crimen contra la humanidad: el autor debe cometer el delito en nombre del *Estado que practica una ideología política hegemónica*. El grupo o el Estado que no practica dicha política se excluye, pues, de la definición.

3.3.-El caso Demjanjuk contra Petrovski

38, 1962, p. 181; y SCHWARZENBERGER, "The Eichmann judgement", *Current Legal Problems*, vol. 15, 1962, p. 248.

141.-Sentencia del 20 de diciembre de 1985, publicada en el *Journal de droit international*, 1986, ps. 129-142. Cf. WEXLER, L.S. "The interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and back again", *Columbia Journal of International Law*, vol. 32, 1994, p. 342.

El caso *Demjanjuk contra Petrovski*¹⁴² es interesante no tanto por su contribución a la definición de estos crímenes¹⁴³, como por el reconocimiento de una jurisdicción universal con respecto a los mismos. Fundándose en el derecho a ejercer una jurisdicción universal en cuanto a las violaciones del Derecho de Gentes y a los crímenes de lesa humanidad, los Estados Unidos, según el fallo dictado por el *Tribunal de Apelaciones itinerante* de ese país, podían aplicar la extradición a Israel, o a cualquier otro país, de un presunto guardián de un campo de concentración nazi. El Tribunal estableció que los actos cometidos por los nazis y sus colaboradores son crímenes universalmente reconocidos y condenados por la comunidad de países; son crímenes contra el Derecho de Gentes y contra la humanidad y, por consiguiente, el país que incoa diligencias judiciales actúa en nombre de toda la comunidad internacional. El Tribunal reconocía, así, el *principio de universalidad* de los crímenes de lesa humanidad.

3.4.-El caso Pinochet

A.-Introducción

Este caso ha sido, sin ningún género de dudas, el más importante de los casos nacionales y el de mayor transcendencia para la reapertura de la discusión doctrinal sobre los delitos internacionales, por lo cual recibe una atención preferente en este estudio. De acuerdo con todo lo anterior, podemos afirmar que la definición de genocidio consta de tres elementos esenciales, desde el punto de vista tradicional:

- 1.-La identificación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso.
- 2.-La intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo (*mens rea*).
- 3.-La comisión de cualquiera de los actos mencionados contra un grupo susceptible de ser identificado (el acto prohibido, *actus reus*).

El primer requisito implica que los actos de genocidio pueden cometerse solamente contra los grupos mencionados, es decir, grupos que puedan identificarse por rasgos concretos, sean *nacionales, étnicos, raciales o religiosos*: los bosnios, los hutus, los judíos o los católicos, casos reales todos ellos de grupos sometidos a genocidio en la historia del siglo XX. La intención de destruir, por ejemplo, a un grupo social o político (los comunistas, los votantes de izquierda) plantearía una discusión jurídica, en torno a lo que se entiende por grupo nacional: ¿uno que ha sido, es o puede ser nación (los escoceses, por ejemplo, o los bosnios) o un grupo concreto dentro de una nación, identificable por cualquier elemento común (como por ejemplo, los votantes de izquierda o los disidentes y opositores a una dictadura sudamericana)? Si tenemos presente que *nacional*, según el *Diccionario de la Real*

142.-*Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F. 2d. 571 (6a Circ. 1985), cert. Denied, 475 U.S. 1016 (1986).

143.-El Tribunal de Apelaciones se fundó en la definición de crimen de lesa humanidad prevista en la Constitución israelí y en la ley relativa al castigo de los nazis y de los colaboradores nazis. El objetivo era atender al requisito de la doble criminalidad. El Tribunal concluyó que, aunque el crimen se calificaba de manera diferente en los dos países (dado que en los Estados Unidos el acto de matar ilícitamente a una o a más personas con intención delictiva es sancionado como asesinato, y no como crimen de lesa humanidad o de asesinato en masa), bastaba que el acto específico con respecto al que se solicitaba la extradición fuera delictivo en ambos países.