

LOS PROCESOS DE NUREMBERG Y TOKIO: PRECEDENTES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*

Il est surabondamment prouvé que la violation du droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes et non des entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international (Déclaration d'Ouverture du Procès de Nuremberg, p. 12).

SUMARIO: I. *Prólogo*. II. *Declaración de Moscú de 1943*. III. *Acuerdo de Londres de 1945*. IV. *Atribuciones del Tribunal*. V. *Naturaleza jurídica del Tribunal*. VI. *Responsabilidad individual*. VII. *Régimen de las penas*. VIII. *Cross-examination*. IX. *El veredicto*. X. *Tribunal Militar Internacional de Tokio*. XI. *Conclusión*.

I. PRÓLOGO

En la actualidad se puede estar de acuerdo en definir el derecho internacional penal (E. David), en el sentido más amplio del término, como aquella disciplina que engloba el conjunto de reglas que prevén un castigo a aquellas *personas* que hayan infringido ciertas normas de derecho internacional.

En tanto que según la doctrina y práctica internacionales solamente los Estados estaban habilitados a emitir reglas penales, los tribunales militares internacionales de Nüremberg y de Tokio romperían con este punto de vista restrictivo que ignoraba la existencia de una comunidad internacional.

* Publicado en *Ars Iuris*, núm. 29, Universidad Panamericana, 2003.

Desde la redacción de los estatutos de ambos tribunales se precisaba que aquellos dirigentes, que las potencias aliadas tenían la intención de hacer comparecer ante la justicia, eran simple y sencillamente *responsables directos de los crímenes que ahí mismo quedaban definidos*.

Esto significaba que los acusados no tenían el derecho de invocar en su defensa las disposiciones de su orden jurídico nacional respectivo.

En otros términos, como dice el profesor Christian Tomuschat, de Berlín, se postulaba que la responsabilidad criminal de dichas personas no quedaba reglamentada por ningún tipo de derecho nacional, sino antes al contrario, y en forma directa, por normas de derecho internacional.

Antes de esto, el derecho internacional general conoció esfuerzos varios y de muy diversa índole, pero que por una razón u otra nunca llegaban a concretarse o a pasar de la etapa de *lege ferenda*.

Los famosos artículos 227-230 del Tratado de Versalles, por los que se pedía el enjuiciamiento del káiser Guillermo II de Alemania, nunca pudieron implementarse, ya que Holanda no concedió la extradición del káiser, aduciendo no sólo que la demanda de extradición era contraria a la Constitución de los Países Bajos, sino que, por lo demás, Holanda nunca había ratificado el Tratado de Versalles de 1919.

Por lo que toca al muy importante Pacto de la Sociedad de Naciones, y sin que haya plasmado el principio de una *prohibición absoluta* del recurso a la guerra, de conformidad con los términos del preámbulo, los Estados signatarios del Pacto aceptaban "... ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra", pero más exactamente se obligaban a recurrir a ciertos modos de arreglo pacífico de los diferendos internacionales.

Sin embargo, en el espíritu del Pacto, dos tipos de guerra permanecerán necesariamente consentidos. Por una parte, "la guerra defensiva", que era imposible de prohibir, pero que bien podrían haberse fijado los criterios y parámetros de acción de la misma.

Por otra parte, "la guerra de sanción", prevista en el artículo 26, obligando a todos los Estados miembros a adoptar contra el Estado culpable, medidas de sanción, que podían ir hasta la coerción armada.

Pero fuera de esos dos casos, la facultad de recurrir a la guerra se mantiene por las disposiciones mismas del Pacto en dos hipótesis extremadamente importantes:

1a. Por el artículo 15, párrafo 2, que otorga a los Estados su libertad de acción en los casos en donde la unanimidad no se haya logrado en el Consejo de la Sociedad de Naciones.

2a. Por el artículo 25, párrafo 8, que abandona a los Estados el arreglo de las materias de “competencia exclusiva”.

Estas dos “fisuras” (M. Merle) hacían correr el riesgo evidente de volver impotente —sobre todo en las circunstancias de mayor gravedad—, la incipiente reglamentación del derecho de guerra previsto por el Pacto de la Sociedad de Naciones (Valenziani, *Petite histoire de la SDN*).

Vendrían después esfuerzos en el mismo sentido, como el Acta General de Arbitraje, del 26 de septiembre de 1928; los Acuerdos de Socarno, del 16 de octubre de 1925; el Pacto de no agresión y de conciliación, firmado en Río de Janeiro el 10 de octubre de 1933; el famoso Pacto Briand-Kellog, del 27 de agosto de 1928 de prohibiciones al uso de la guerra, pero sin que en ninguno de estos casos se hubiera estipulado ninguna medida de aplicación, ni de sanción colectiva, y mucho menos de carácter individual.

Por otro lado, no se puede olvidar que el Pacto de la Sociedad de Naciones había sido ya objeto de terribles violaciones sin mayor sanción jurídica en el periodo que precedió a la II Guerra Mundial: invasión de Manchuria por parte de Japón, invasión de Etiopía por parte de Italia; invasión de Austria y Checoslovaquia por parte de Alemania; anexión después de los Estados bálticos, etcétera (J. B. Duroselle).

Un paso mucho más importante lo constituyó la Convención de Ginebra, del 10 de noviembre de 1937, a fin de crear una Corte Penal Internacional, limitada a los actos de terrorismo (atentado en Marsella contra el rey Alejandro de Yugoslavia, en 1934), pero desgraciadamente al no haber sido ratificada la Convención, la jurisdicción penal internacional nunca llegaría a entrar en vigor.

II. DECLARACIÓN DE MOSCÚ DE 1943

El propósito de los aliados en perseguir y castigar a los grandes criminales de guerra del III Reich fue expresado por vez primera en el curso de la Conferencia de Moscú de 1943.

En una “declaración sobre las atrocidades alemanas”, del 30 de octubre de 1943, los gobiernos de Gran Bretaña, ex Unión Soviética y Estados Unidos de América (W. Churchill; J. Stalin; F. D. Roosevelt), declaraban en forma conjunta que los “... oficiales y soldados alemanes y los miembros del partido nazi que han sido responsables de atrocidades, ma-

sacres y ejecuciones o que habrían consentido en tomar parte en las mismas, serán enviados a los países en donde sus crímenes abominables hubieran sido perpetrados, a fin de ser juzgados y sancionados conforme a las leyes de dichos países ya liberados". Más adelante Roosevelt, Churchill y Stalin añadían que la Declaración de Moscú estaba hecha "sin perjuicio del caso de los criminales alemanes cuyos crímenes no podían ser situados en un lugar preciso y que serían castigados por una decisión común de los gobiernos aliados".¹

III. ACUERDO DE LONDRES DE 1945

Después de la Declaración de Moscú de 1943, los gobiernos de Estados Unidos de América, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de Gran Bretaña y el gobierno provisional de la República de Francia, firmaron el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, mediante el cual se creaba un Tribunal Militar Internacional.

Este Tribunal se establecía de acuerdo con su artículo 1o., para juzgar a los criminales de guerra "cuyos crímenes carecen de localización geográfica precisa, ya sea que fueren acusados individualmente, o en su capacidad de miembros de organizaciones o de grupos, o bajo esta doble capacidad".

En este famoso Acuerdo de Londres queda establecido que ninguna disposición del mismo afecta los principios fijados por la Declaración de Moscú en lo que concierne al reenvío de los criminales de guerra a los países donde cometieron dichos crímenes, como tampoco afecta a la jurisdicción o competencia de los tribunales nacionales en los territorios aliados —o en la misma Alemania—, para juzgar a los criminales de guerra (artículos 4o. y 6o.).

Por último y en virtud del artículo 5o. del Acuerdo de Londres, que preveía que todos los gobiernos de las Naciones Unidas podían llegar a adherirse al mismo, los siguientes Estados notificaron posteriormente su adhesión al Acuerdo de Londres: Grecia, Dinamarca, Yugoslavia, Países Bajos, Checoslovaquia, Polonia, Bélgica, Etiopía, Australia, Honduras,

¹ Véase "The Moscow Conference of Foreign Ministers, octubre 19-30, 1943", en Langsam Walter, Consuelo, *Historic Documents of World War II*. Edit. D. Van Nostrand, Estados Unidos, 1958, pp. 88-96. Igualmente, véase de Alfonso García Robles, *El mundo de la posguerra*, México, Polis, pp. 263 y 264.

Noruega, Panamá, Luxemburgo, Haití, Nueva Zelanda, India, Venezuela, Uruguay y Paraguay.²

Después de la firma del Acuerdo del 8 de agosto de 1945, el Tribunal Militar Internacional quedó constituido, según las disposiciones del estatuto anexo al Tratado, por los representantes de las cuatro grandes potencias (artículos 1o. y 2o.) y su sede permanente quedó fijada en Berlín (artículo 22). La ciudad de Nüremberg, antiguo lugar de las grandes manifestaciones del Partido Nacional Socialista, había sido simbólicamente escogida como la ciudad para llevar a cabo el primer proceso — que por lo demás fue el único —.

Redactado el texto del acta de acusación oficial, el 21 de noviembre de 1945, se abriría en el Palacio de Justicia de Nüremberg, la primera audiencia de un proceso que no debía de terminarse sino hasta el 1o. de octubre de 1946.

La base de todo estudio jurídico del proceso reside sin duda en el texto mismo del Estatuto anexo al Acuerdo del 8 de agosto, que fija “imperativamente”, según el artículo 2o. del Acuerdo de 1945, “la constitución, la jurisdicción y las funciones del Tribunal Militar Internacional”.

En efecto, el Estatuto no se constrañe a regular la organización interna del Tribunal y el desarrollo del procedimiento; determina sobre todo el derecho aplicable y la implementación del mecanismo de responsabilidades.

IV. ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL

Es evidente que las disposiciones más importantes del Estatuto son aquellas que definen la competencia del Tribunal. Esta competencia, puede decirse, se define de una doble manera: por una parte *vis à vis* las personas, y por la otra, *vis à vis* los actos mismos.

Así, el artículo 6o. del Estatuto enumera *las tres categorías* de crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal.

Los actos siguientes, o cualquiera de ellos, son crímenes que caen dentro de la jurisdicción del Tribunal y por los que hay responsabilidad individual:

² Véase “Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945”, en Langsam, Walter Con-suelo, *Historic Documents of World War II*, cit., pp. 187-189. Hay que recordar que el 19 de enero de 1946 se constituyó, en las mismas condiciones que para la zona europea, un Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, *ibidem*.

- a) *Crímenes contra la paz*. Esto es, planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión, o una guerra en violación de convenios, acuerdos o garantías internacionales, o la participación en un plan o conspiración común para la ejecución de cualquiera de los anteriores.
- b) *Crímenes de guerra*. Esto es, violaciones de las leyes o costumbres de la guerra. Tales violaciones incluyen, pero no están limitadas al asesinato, los malos tratos o deportación para trabajo de esclavos o para cualquier otra finalidad de la población civil de un territorio ocupado, el asesinato o malos tratos de los prisioneros de guerra o personas en el mar, la matanza de rehenes, la expoliación de la propiedad pública o privada, la destrucción masiva de ciudades, aldeas o pueblos, o la devastación no justificada por necesidad militar.
- c) *Crímenes contra la humanidad*. Esto es, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con cualquier crimen que caiga dentro de la jurisdicción del Tribunal sea o no en violación del derecho interno del país donde se perpetraron (artículo 6o.).³

1. *Legitimidad de las sanciones penales*

Uno de los grandes puntos polémicos desde entonces, consistía en saber en qué medida los aliados poseían una base jurídica legítima para sancionar ante una jurisdicción internacional creada por ellos mismos, las infracciones definidas por el artículo 6o. del Estatuto.

Todo el mundo estaba de acuerdo en que existían algunos textos de convenciones en vigor relativos al derecho de la guerra, que contenían elementos suficientes para la calificación de ciertos hechos; por ejemplo, el Pacto Briand-Kellog de 1928 condenando el recurso a la guerra como instrumento de política nacional.⁴

³ Véase "Le Statut et le Jugement du Tribunal de Nuremberg", *Memorandum du Secrétaire General*, United Nations, Lake Success, 1949 (A/CN.4/5).

⁴ Véase Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional público*, 7a. ed., Barcelona, Bosch, 1966, t. II, vol. I, pp. 183-201.

Es cierto que la cuestión parecía aún más delicada por lo que concernía a los crímenes contra la humanidad, ya que parecían constituir una categoría totalmente nueva.

Pero de cualquier manera, incluso si se admitía que la calificación de los hechos incriminados había sido adquirida anteriormente a la promulgación del Estatuto, seguía subsistiendo un grave problema: ninguno de los textos sobre los cuales se podría válidamente apoyarse preveía “sanciones penales individuales” ni jurisdicción internacional encargada de aplicar dichas sanciones.

La instauración de estas sanciones por el Estatuto del Tribunal posee entonces y necesariamente un efecto retroactivo, y viola así la máxima admitida tradicionalmente en derecho penal interno *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

En el curso del proceso, la cuestión se encontró estrechamente vinculada al argumento de la defensa, según el cual el artículo 6o. constituía una regla de derecho *ex post facto*, incompatible con el principio de la “legalidad de los delitos y de las penas”.

Sin embargo, en Nüremberg no se admitió que se estuviera violando el principio de la *ex post facto rule*, ya que se aducía que el principio de la no retroactividad era un principio dictado para la debida protección del inocente, y querer invocarlo para proteger a un culpable sería tanto como estar cometiendo una denegación de justicia.⁵

Este punto de vista es defendido hasta el día de hoy por autoridades tales como el profesor de Ginebra, Luigi Condorelli, quien sostiene que el principio *nullum crimen, nulle poena sine lege*, no se viola en forma alguna, si se organiza a nivel internacional un sistema represivo debiendo funcionar frente a acciones u omisiones ante las cuales el autor no podía ignorar en forma alguna su carácter delictivo, en virtud de que estaban clara y analíticamente definidos en tanto crímenes por el derecho interno al cual estaba sometido en el momento de ser perpetrados.

Para que el principio *nullum crimen* sea escrupulosamente observado no es absolutamente necesario que la norma internacional, previendo y organizando la represión del crimen, defina hasta su último detalle la “figura *criminis*” y la pena aplicable. Es suficiente constatar que el autor del cri-

⁵ Descheemaker, Jacques, *Le Tribunal Militaire International des grands Criminels de Guerre*, prefacio de Vespasien V. Pella, Paris, Pedone, 1947, pp. 26 y 27.

men en cuestión está sometido en el momento del *tempus commissi delicti*, “a normas jurídicas claras y accesibles —y ya sean internas y/o internacionales— estableciendo *ante factum* una definición de tal naturaleza”.⁶

Sin embargo, si hemos de ver las cosas desde un punto de vista estrictamente jurídico de derecho positivo, y no ético o iusinternacionalista, tenemos que estar de acuerdo con la corriente que sostiene que el principio de no retroactividad de la ley penal fue simple y sencillamente violado en Nüremberg y Tokio.

Ciertamente, el derecho internacional anterior al Estatuto de Nüremberg prohibía ya las guerras de agresión y los crímenes de guerra, así como también es cierto que se emitieron múltiples declaraciones por parte de los aliados durante la Segunda Guerra Mundial en donde se habían denunciado las atrocidades alemanas y proclamado su intención de procesar y juzgar a los criminales de guerra (en particular la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943).

Sin embargo, ni el derecho internacional convencional o consuetudinario ni esas “declaraciones” habían contemplado la más mínima sanción penal en contra de los individuos en tanto tales.

Así, la incriminación propiamente dicha data del 8 de agosto de 1945, y la Carta del Tribunal de Nüremberg de donde ella emana o se desprende, fue luego entonces, aplicada de manera retroactiva.⁷

Por último, mencionemos que el principio de no retroactividad de las convenciones fue analizado en el Caso relativo a los fosfatos de Marruecos (1938) entre Francia e Italia, conocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional, y en donde el Tribunal se declaró incompetente, ya que el origen del conflicto se situaba en una época en la cual los elementos generadores del diferendo se habían consolidado, y eran por lo tanto anteriores al reconocimiento por parte de Francia de la jurisdicción obligatoria de la Corte.⁸

⁶ Véase Condorelli, Luigi, “La définition des infractions internationales”, en Ascensio, H., Decaux, E., Pellet, A., *Droit international penal*, A. Pedone, p. 244, párrafo 17.

⁷ Véase Lombois, Claude, *Droit penal international*, 2a. ed., París, Précis Dalloz, prefacio de Ph. Malaurie, 1979, pp. 157-160.

⁸ Véase C.P.J.I., Phosphates in Morocco Case (1938), serie A/B, núm. 74, p. 24, en Manley O. Hudson, *The Permanent Court of Justice, 1920-1942*, pp. 468 y 469. Confróntese la tesis de Han Kelsen, quien afirma que la opinión de que el Acuerdo de Londres estableciendo la responsabilidad individual de carácter penal por crímenes contra la paz “... does not have retroactive force because such individual criminal responsibility

V. NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Internacional Militar, establecido en aplicación del Acuerdo del 8 de agosto de 1945, posee, querámoslo o no, todos los aspectos de una jurisdicción de excepción.

El Tribunal de Nüremberg no estaba solamente limitado *ratione loci*, extendiéndose sólo a los países europeos, sino más grave aún era su limitante *ratione materiae*. El Tribunal sólo era competente para conocer de infracciones durante la Segunda Guerra Mundial, y circunscritas éstas en forma arbitraria a lo estipulado por el artículo 6o. del Estatuto.

Pero además, la competencia del Tribunal fue definida de manera unilateral, ya que sólo los criminales de guerra de los países derrotados podían ser objeto de juicio: una justicia con sentido único, esto es, una jurisdicción de circunstancias instituida por el vencedor.

Al descartar la presencia en el curso del proceso de representantes de países neutrales —o incluso representantes de Alemania—, los signatarios del Acuerdo de Londres de 1945 se encontraban, frente a los acusados, como juez y parte de su propia causa.⁹

VI. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

Es sabido que el “derecho de la guerra” en su connotación clásica como el *ius in bello* (“derecho internacional humanitario”) o las leyes y costumbres de la guerra, no imputaba la responsabilidad por la violación de sus propias normas más que al Estado beligerante, y nunca al individuo que cometía la infracción.

Se suele citar como único precedente —como ya veíamos— el artículo 227 del Tratado de Versalles, por el cual las potencias aliadas acusa-

had already been established by the Kellogg-Briand Pact, has no basis either in the wording of this pact or in the intention of the contracting parties”. Kellen, Hans, *Principles of International Law*, 2a. ed., revisada y editada por Robert W. Tucker, p. 216.

⁹ Las garantías acordadas a la defensa y a la imparcialidad de los debates por el artículo 16 del Estatuto no desvanecen en nada la constatación de que se trataba en realidad de una simple jurisdicción inter-aliada. *Vid.* Graven, Jean, “Les crimes contre l’humanité”, *Recuilles Cours de l’Academie de Droit International de la Haye*, t. LXXVI, 1950, 1, p. 433. Una de las soluciones que podrían haberse adoptado en aquel tiempo y salvar así las objeciones hechas al Proceso de Nüremberg podría haber consistido en constituir una Sala Penal anexa a la nueva Corte Internacional de Justicia de manera permanente, *idem*.

ban formalmente al káiser Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, “por ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”. Un tribunal especial debía ser constituido para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa.

En el artículo 228 del mismo Tratado, el gobierno alemán reconocía a los aliados la libertad de hacer comparecer ante los tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres del derecho bélico.

Sin embargo, todo quedó en letra muerta, ya que Holanda rechazó la extradición del ex emperador Guillermo II, aduciendo, con razón, que la “ofensa suprema contra la moral internacional” no estaba prevista por los tratados de extradición.

En cuanto al proceso que debía seguirse a los criminales de guerra, los aliados confirieron a Alemania el cuidado de proceder a entablar dichos juicios, ante la Sala Penal del Tribunal Supremo de Leipzig, el cual, en forma irrisoria, juzgó solamente a doce personas, y condenó únicamente a seis de ellas, con penas por demás ridículas.¹⁰

En contra de los argumentos de la defensa, en el sentido de que sólo los Estados y no los individuos podían ser culpables de un “crimen internacional”, el procurador general de Gran Bretaña, sir Hartley Shawcross, recordó los casos de piratería, espionaje, bloqueo y crímenes de guerra, como ejemplos de obligaciones que el derecho internacional impone directamente a los individuos.

Del hecho que el derecho internacional reglamente mayormente las relaciones entre los Estados no puede inferirse la tesis según la cual los individuos que constituyen los órganos del Estado, aquellos que controlan los mecanismos de mando, estén investidos del derecho de apoyarse sobre la entidad metafísica que ellos mismos crean y que ellos mismos controlan, cuando dicho Estado se apresta, siguiendo sus instrucciones, a

¹⁰ Véase Valenziani, C., *Petite histoire de la Société des Nations*, París, Ed. de la Nouvelle Revue Critique, 1936, *passim*. Es un tanto difícil ver en el artículo 227 del Tratado de Versalles un estricto antecedente, pues no sólo no hay que olvidar que en 1914 aún no existía un pacto internacional prohibiendo la guerra como tal, sino que igualmente antes de 1919, nadie había pretendido que el no respeto de los compromisos internacionales constituyera en sí mismo un crimen internacional susceptible de sanción penal. Véase Lambois, Claude, *op. cit.*, pp. 58-61.

destruir los fundamentos básicos de los principios del derecho internacional.¹¹

La decisión del Tribunal de Nüremberg fue enfática en este aspecto, argumentando que el principio de derecho internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, "... no puede aplicarse a los actos condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de esos actos no pueden invocar su calidad oficial para sustraerse al procedimiento normal, o ponerse al abrigo del castigo...".

El Tribunal afirmó, como principio general, que las obligaciones internacionales priman sobre los derechos y obligaciones que emanen del derecho interno. Un individuo que comete una infracción de derecho internacional no puede desembarazarse de su responsabilidad alegando que su acto estaba autorizado por el Estado. De aquí el famoso *dictum* del Tribunal: "Son los hombres y no entidades abstractas, los que cometen los crímenes cuya represión se impone como sanción de derecho internacional".¹²

VII. RÉGIMEN DE LAS PENAS

Es más cierto que el régimen de las penas está determinado por los artículos 27 a 29 del Estatuto de Nüremberg de una manera muy general y sin ninguna precisión.

Pertenece al Tribunal, no solamente establecer en el curso del proceso, el grado de culpabilidad, sino igualmente fijar la pena, los cuales constituyen sin duda una situación exorbitante. El Tribunal puede imponer la pena de muerte, o toda otra sanción que el mismo considere como justa (artículo 27).

¹¹ Véase *The Trial of German Major War Criminals*, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1946, p. 57. Especialmente los abogados de Seyss Inquart y de Ribbentrop defendían la tesis según la cual los hombres de Estado no podían ser responsables más que frente a los ciudadanos de su propio país, *idem*.

¹² Véase *Nazi Conspiracy and Agression. Opinion and Judgment*, Washington, 1947, pp. 52 y 53. Si bien el artículo 8o. del Estatuto de Nüremberg estipula que el hecho de que el acusado haya actuado conforme a las instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no lo exime de su responsabilidad, sin embargo admite que pudiera llegar a ser considerado como un motivo de la disminución de la pena. Aquí el Tribunal con toda lucidez expresa que el verdadero criterio para la aplicación de dicho artículo "... no reside en la existencia de una orden sino que reside en la libertad moral, en la facultad de elección que posee el autor del acto incriminado", *ibidem*.

Por otra parte, el Tribunal Militar Internacional es “competente para juzgar en ausencia a todo acusado debiendo responder a crímenes previstos por el artículo 6o. del Estatuto, ya sea que dicho acusado no haya podido ser descubierto, o ya sea que el Tribunal lo estime necesario por cualquier razón en interés de la justicia” (artículo 12).

El acusado *in absentia* es defendido por su abogado, quien debe presentar los testigos en descargo, a la par que el Ministerio Público hace comparecer los testigos de cargo, y el proceso se desarrolla en las mismas condiciones.¹³

Ninguna vía de recurso de ninguna suerte fue admitida contra las decisiones del Tribunal. Toda decisión relativa a la culpabilidad o inocencia de todo acusado debería ser motivada, definitiva y no susceptible de revisión (artículo 26).

En cuanto al sistema procesal, se adoptó el llamado “procedimiento acusatorio”, prevaleciente en los países anglosajones, en detrimento del llamado “procedimiento inquisitorial”, o también llamado procedimiento continental, o *civil law*.

El procedimiento inquisitorio, eminentemente de carácter secreto (la instrucción) y no contradictorio, no parecía el más apto para un proceso a los grandes criminales de guerra, por lo que se prefirió “el procedimiento acusatorio” del sistema anglosajón (artículo 13).

Los derechos de la acusación y de la defensa son particularmente importantes en el “sistema acusatorio” adoptado por el Tribunal, en donde las partes hacen valer sus pretensiones libre, oral y públicamente frente al juez.

Los acusados tienen el derecho de aportar en el curso del proceso, sea personalmente o sea por intermediación de su abogado, todas las pruebas en apoyo de su defensa y de cuestionar todo testigo presentado.¹⁴

VIII. CROSS-EXAMINATION

La pieza clave en el proceso acusatorio reside sin duda en el llamado “contrainterrogatorio”.

¹³ Éste fue precisamente el caso de Martín Borman, sucesor de Rudolf Hess como jefe de la Cancillería del Partido (1941), quien fue juzgado *in absentia*. Véase Descheemaeker, Jacques, *op. cit.*, pp. 37-39.

¹⁴ En la elección de los abogados hubo una completa libertad. Así, por ejemplo, el acusado Von Papen (vicecanciller, ministro y embajador) fue representado en su defensa por su propio hijo, en tanto que el almirante Doenitz sería defendido por un oficial de la “Kriesmarine”. Véase Descheemaeker, J., *op. cit.*, nota 54, p. 44.

Todo testigo es interrogado primeramente por la parte que lo ha hecho venir a la barra, después por todo defensor y por cualquier miembro del Ministerio Público.

Este procedimiento es igualmente utilizado, y es este el hecho esencial, cuando el acusado se presenta como “testigo de su propia causa”. Este es primeramente interrogado por su abogado, luego por los abogados de los otros acusados que lo interrogan en el interés de sus clientes, y por último los magistrados del Ministerio Público proceden a su propio *cross-examination* o contrainterrogatorio.¹⁵

El Estatuto de Nüremberg contenía diversas disposiciones para el proceso equitativo de los acusados y para la expedita conducción de los debates.

El Tribunal no debía estar vinculado por reglas técnicas relativas a la administración de las pruebas, y tenía plena libertad para admitir todo medio que considerase poseer un valor probatorio.

El Tribunal, además de su facultad de juzgar y castigar a los individuos, estaba autorizado a declarar que grupos u organizaciones a las cuales pertenecía un acusado constituían “organizaciones criminales”, lo que tenía por efecto permitir después a las autoridades nacionales competentes de cada Estado signatario, hacer comparecer a todo individuo frente a los tribunales nacionales, militares o de ocupación, en razón precisamente de su afiliación a tal o cual grupo u organización.¹⁶

IX. EL VEREDICTO

La culpabilidad de cada acusado fue plenamente probada durante el proceso, el veredicto estipulando la pena fue leído a todos y cada uno de los acusados por el presidente del Tribunal, lord *Justice* Lawrence, en la

¹⁵ Véase Descheemaeker, Jacques, *op. cit.*, pp. 44 y 45. Véase *Histoire du probleme de la juridiction criminelle internationale*, Nueva York, Memorandum du Secetaire General, Nations Unies, Lake Success, 1949, pp. 22-24.

¹⁶ Entre las organizaciones declaradas criminales en razón de la culpabilidad de los acusados, los objetivos perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos, se encontraban: el gabinete del Reich; los cuerpos de los jefes políticos del Partido Nazi; la policía secreta de Estado, denominada como la “Gestapo”; el Estado Mayor Alemán; el Alto Comando de las Fuerzas Armadas; la *Sicherheitdienst*; las S. S. Véase “International Military Tribunal (Nüremberg), Judgment and Sentences (octubre 1, 1946)”, *American Journal of International Law*, Washington, vol. 41, núm. 1, enero de 1947, pp. 172-333.

última audiencia del 1o. de octubre de 1946, por crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o por el delito de plan concertado o complot. Este último directamente vinculado a los tres tipos de crimen. Las tres categorías de crímenes, sometidos a las etapas de la ejecución del “complot”.

Hermann Wilhelm Goering	Sentenciado a la pena de muerte
Joachim von Ribbentrop	Sentenciado a la pena de muerte
Wilhem Keitel	Sentenciado a la pena de muerte
Ernest Kaltenbrunner	Sentenciado a la pena de muerte
Alfred Rosenber	Sentenciado a la pena de muerte
Hans Frank	Sentenciado a la pena de muerte
Wilhelm Frick	Sentenciado a la pena de muerte
Fritz Sanckel	Sentenciado a la pena de muerte
Alfred Jodl	Sentenciado a la pena de muerte
Arthur Seyss-Inquart	Sentenciado a la pena de muerte
Martin Bormann	Sentenciado a la pena de muerte (<i>in absentia</i>)
Rudolf Hess	Cadena perpetua
Walter Funk	Cadena perpetua
Erich Raeder	Cadena perpetua
Baldur von Schirach	Veinte años de prisión
Albert Speer	Veinte años de prisión
Constantin von Neurath	Quince años de prisión
Karl Doenitz	Diez años de prisión
Hjalmar Schacht	No culpable
Franz von Papen	No culpable
Hans Fritzsche	No culpable ¹⁷

¹⁷ Véase “International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences”, *cit.*, pp. 331-333. El acusado, Herman Goering, ministro de la Luftwaffe, pudo suicidarse unas horas antes de la ejecución mediante la toma de una ampollita de cianuro de potasio que había logrado esconder entre los pliegues de su abultado vientre. Robert Ley pudo suicidarse igualmente el 25 de octubre de 1945; Gustav Krupp von Bohlen no pudo ser juzgado en razón de su estado físico y mental. Durante el proceso todos los acusados se declararon no culpables. El Estado Mayor General y el Alto Mando de la Wehrmacht no fueron considerados como organizaciones criminales, haciendo constar que el solo hecho de haber pertenecido a dichas organizaciones no implicaba necesariamente una participación consciente en la preparación o perpetración de crímenes de guerra, inversamente con lo que acontecía por la sola pertenencia a cuerpos como las “S. S.”, la “S. D.” o la “Gestapo”.

En la sentencia pronunciada en las audiencias del 30 de septiembre y del 10. de octubre de 1946 se realiza un examen de la historia del régimen nazi en Alemania, los crímenes contra la paz por el plan concertado (*conspiracy*) o complot y los actos de agresión en contra de Austria, Checoslovaquia, Polonia, Dinamarca, Noruega, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Yugoslavia, Grecia, URSS, y finalmente la declaración de guerra de Alemania en contra de los Estados Unidos de América.

El Tribunal consideró que dichas agresiones contra doce naciones constituían crímenes, en violación de los tratados de no agresión emanados principalmente de las convenciones de La Haya, del Tratado de Versalles, del Tratado de Locarno y del Pacto Briand Kellog.¹⁸

En el veredicto final se dice que el Estatuto del Tribunal "...expresa el derecho internacional en vigor en el momento de su creación y que la redacción del Estatuto depende del poder legislativo soberano ejercido por los Estados a los cuales el Reich alemán se ha rendido sin condiciones; el mundo civilizado ha reconocido a estos Estados el derecho de crear la ley en los territorios ocupados.

En segundo lugar, se sostiene que la protección que el derecho internacional asegura a los representantes del Estado no podría aplicarse a actos criminales. El Tribunal considera que el Estado o sus agentes no tienen facultad para ir más allá del derecho internacional. Esta afirmación del Tribunal desecha como medio de defensa el *acto de Estado* y la tesis de la *orden recibida* por un superior jerárquico.

El Tribunal de Nüremberg, considerando que el crimen esencial, capital, es el desencadenamiento de la guerra de agresión y el complot, llevado a tal efecto, va a condenar enérgicamente los "crímenes contra la humanidad en tanto que crímenes conexos al crimen de agresión".¹⁹

¹⁸ Durante el proceso de Nüremberg se hizo mucho énfasis en el Pacto Briand- Kellog del 27 de agosto de 1928 (63 Estados), el cual "...condenaba el recurso a la guerra para el arreglo internacional de diferendos, y se renunciaba a la misma en tanto que instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas" (artículo 10.). Aquí se ha advertido que el empleo de la palabra "guerra" podría ser interpretado como no cubriendo todos los recursos al uso de la fuerza. Los términos "instrumento de política nacional" permitirían sostener que la guerra en vistas a la preservación de un derecho no estaría comprendida en la mencionada renuncia. "Whatever interpretation of the phrase instrument of national policy is accepted, the Kellog-Briand Pact is in complete conformity with the *bellumjustum* principle since it permits war only as a reaction against a violation of international law". Véase Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 38 y nota 31.

¹⁹ Véase "International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences", *cit.*, pp. 172-333. Es cierto que el Estatuto no define el término de la "guerra de agre-

Esta posición del Tribunal ha podido ser calificada por algunos autores, como lamentable, ya que la guerra de agresión no es en realidad más que el resultado de una larga preparación militar, económica e ideológica.

Si lo que se pretende es el castigo de todos los responsables, dice Marcel Merle, entonces es justo que todos aquellos que han tomado parte en una forma u otra en la preparación de dicho crimen sean condenados, de igual suerte que aquellos que han tomado la decisión, a un cierto momento de realizar la apertura de hostilidades.

Una de las grandes lecciones de los debates de Nüremberg habrá sido justamente el mostrar la coordinación indispensable de todos los órganos del Estado en la concepción y realización de una actividad criminal.

Es por ello lamentable, continúa diciendo el profesor Marcel Merle, que el Tribunal no haya inferido de esta constatación las conclusiones necesarias.²⁰

Por último, digamos que en su veredicto el Tribunal reafirmó que las reglas *nullum crimen sine lege, nulla poena, sine lege* de la no retroactividad de la ley, no habían sido retenidas por el Tribunal, en virtud de que estimaba que los actos cometidos habían sido previstos por textos conocidos por los acusados y violados por ellos “con pleno conocimiento de causa”.

De acuerdo con el brillante profesor de la Universidad de Nápoles, Rolando Quadri, no tiene ningún sentido la polémica sobre las reglas anteriores, ya que si queremos ser honestos, “la pena era impuesta con la absoluta discreción del Tribunal, y por otra parte hay que reconocer que las normas que incriminaban gran parte de los hechos imputados a los acusados eran inexistentes anteriormente al proceso”. De aquí que la violación a los principios *nulla poena, sine lege, nullum crimen sine lege,*

sión”, y que el Tribunal tampoco juzgó pertinente dar una definición, estimando que “ciertas personas de entre los acusados, habían preparado y llevado a cabo guerras de agresión en contra de diez naciones y que eran por lo tanto culpables de tales crímenes, sin que tuviera objeto tratar en detalle la cuestión”. Así, el Tribunal siguió la distinción establecida en el Acta de Acusación entre “operaciones agresivas” en contra de Austria y Checoslovaquia, y la serie de “guerras de agresión” que tuvieron su inicio con el ataque en contra de Polonia. Véase “International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences”, *cit.*, pp. 214-310.

²⁰ Véase Merle, Marcel, *Le Proces de Nüremberg et le chatiment des criminels de guerre*, París, Pédome, 1949, pp. 107-112. *Cfr.* Oppenheim, L. y Lauterpacht, H., *Tratado de derecho internacional público, cit.*, t. II, vol. II, pp. 128-139.

conocidos por la mayoría de los derechos internos, haya sido palpable, concluye Rolando Quadri.²¹

De atenernos a esta interpretación, la idea directriz que prevé que un acto permitido, luego, jurídicamente legítimo al momento de su realización, no pueda ser reprimido *ex post facto*, habría sido infringido tanto por el Estatuto de Nüremberg como por el proceso y sentencia de dicha jurisdicción.

X. TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE TOKIO

1. *Formación y atribuciones*

El general Mac Arthur, comandante supremo de las fuerzas aliadas, crearía mediante una proclama especial del 19 de enero de 1946, el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (International Military Tribunal for the Far East).

El Tribunal de Tokio debía "... juzgar a las personas acusadas individualmente o a este doble título, de crímenes, y principalmente de crímenes contra la paz"; es decir, se instauraba para juzgar a los grandes criminales de guerra del Extremo Oriente.

Existen pocas diferencias *de fondo* entre los Estatutos de Nüremberg y de Tokio. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente contempla las mismas categorías de crímenes que el Estatuto del Tribunal de Nüremberg; esto es, crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (artículo 5o.). Por lo que se refiere a los crímenes contra la paz, difiere un poco la definición, ya que aquí están comprendidos la organización, la preparación, la iniciación o la prosecución de una guerra de agresión "que haya sido o no declarada como tal". Esto último se añadió por el nada desdeñable hecho de que las hostilidades habían estallado y continuado durante mucho tiempo en

²¹ Véase Quadri, Rolando, *Diritto internazionale pubblico*, Nápoles, Lignori Editore V., 1968, pp. 422 y 423. Los llamados "Doce procesos de Nüremberg" contra criminales de guerra, se instruyeron después de que terminó funciones el Tribunal de Nüremberg, con la diferencia de que se celebraron exclusivamente ante tribunales militares norteamericanos, constituidos por orden del comandante en jefe de la zona de ocupación estadounidense en Alemania, del 18 de octubre de 1946 al 17 de febrero de 1947, *ibidem*.

Extremo Oriente, sin que hubiera existido nunca declaración de guerra formal en ningún sentido, ni de una parte ni de otra.²²

2. La noción de “complot”

El Tribunal de Tokio, de manera expresa, aprobó e hizo suya la Declaración del Tribunal de Nüremberg, según la cual el Pacto de París de 1928 había hecho ilegítimo el recurso a la guerra como instrumento de política nacional, habiendo establecido, además, la responsabilidad penal de las personas que preparan y llevan a cabo una guerra de tal naturaleza; y avalado que el alegato de la emisión de una orden superior —o acto de gobierno— no podría en ningún caso ser invocado por los acusados como posible eximente de responsabilidad.

Por otra parte, el Tribunal de Tokio examinó más en detalle que el de Nüremberg, la noción de “complot”, declarando principalmente que

existe complot en vistas a librar una guerra de agresión o una guerra ilegítima, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para cometer dicho crimen. Sigue luego, en el marco de este complot, la organización y la preparación de dicha guerra. Aquellos que participan en el complot en esta etapa pueden ser, ya sea los conspiradores originales, o ya sea las personas que tiempo después han adherido al complot mismo. Si estos últimos se unen a los fines del complot, adoptando los planes y preparando la ejecución, devienen conspiradores.²³

3. Inmunidad del emperador

De los veintiocho acusados ante el Tribunal de Tokio, catorce de ellos tenían el rango de generales, habiendo ejercido la mitad de éstos las funciones propias de un ministro de guerra.

²² Véase Minear, H. Richard, *Victor's Justice, The Tokio War Crimes Trial*, Londres, Princeton University Press, 1971, *passim*. El plan “concertado”, “complot” o “conspiracy”, si bien no constituía un delito autónomo como en Nüremberg, no por ello se desvanecía del todo, como veremos más adelante.

²³ Véase *Record of Proceedings of The Tribunal for the Far East*, vol. 146, pp. 448 y 449. Citado por Richard H. Minear, *Victor's Justice*, *op. cit.*, pp. 136 y 137. Al igual que Nüremberg, el Tribunal de Tokio no retendría la noción de “complot”, en relación con los crímenes de guerra, ni en relación con los crímenes contra la humanidad, sino única y exclusivamente en contra de los crímenes contra la paz. *Ibidem*.

Sin embargo, su jefe supremo, en nombre del cual combatían y estaban dispuestos a sacrificar sus vidas, el emperador Hiro-Hito, no sería hecho comparecer ante el Tribunal; nunca sería enfrentado a la justicia.

Nosotros conocemos ahora, gracias a los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en los últimos años —sostiene el profesor japonés Kentaro Awaya— el contexto histórico y las razones que explican la inmunidad de la que se benefició el emperador.

Por razones puramente políticas, el gobierno norteamericano decidió abandonar toda diligencia de persecución. El general Mac Arthur fue la figura principal para que se le acordara la inmunidad a Hiro-Hito, a la par que el mantenimiento del sistema imperial, necesario al buen funcionamiento de la ocupación del Japón.

Una vez tomada esta decisión, la fiscalía eligió a los acusados, esto es, a los jefes de las facciones militares que conspiraron, con fines de invasión, contra países extranjeros. La acusación se apegó a la tesis del complot-conspiración, al quedar los jueces, en la imposibilidad de condenar al sistema imperial en tanto tal por la guerra que había llevado a cabo.²⁴

4. *Acta de acusación*

El Tribunal Militar de Tokio, compuesto de once jueces provenientes de once naciones aliadas, dictaría su veredicto final el 12 de noviembre de 1948. Ninguno de los 28 grandes criminales de guerra pudo obtener una sentencia absolutoria. Los condenados a pena de muerte fueron conducidos a la horca el 23 de diciembre de 1948.

El acta de acusación cubre un periodo que principia el 1o. de enero de 1928, esto es, que va mucho más allá del famoso ataque a Pearl Harbor, para inscribirse en la fecha de la firma del Pacto Briand-Kellog, que había declarado, como vimos, la guerra como violatoria del dere-

²⁴ Véase Awaya, Kentaro, “Le proces de Tokyo contre les crimes de guerre: mise en accusations et immunité”, en Wieviorka, Annette, *Les Proces de Nuremberg et de Tokyo*, Bruselas, Éditions Complexe, 1996, pp. 185-191. Con todo y todo, en la fundamentación de la sentencia, sir William Webb, presidente del Tribunal, declaró: “Tal vez el emperador Hiro-Hito no quería la guerra, pero expresó su acuerdo y de ello dependía todo... El monarca debe arriesgar incluso su vida, si en verdad quiere proteger a su nación y su país de la guerra... Hay que considerar pues al Emperador como principal culpable del crimen”. Véase Minear, *cit.*, *Victor's Justice: The Tokio War Crimes Trial*, Londres, 1971, pp. 229 y 230.

cho internacional, y que había sido ratificado por Japón y más de sesenta países.²⁵

El acta de acusación describe una banda militar criminal, culpable de complot, o conspiración contra la paz. En este sentido, es cierto que el punto clave en todo el proceso es el término “complot”. De esta suerte, se estipula que “... todos los acusados han participado en la elaboración o en la ejecución de un plan concertado o complot, y son responsables de todos los actos cometidos por toda persona con miras a la ejecución de dicho plan”.

Toda esta preparación no era imputable a la ambición de un solo hombre, sino de varios, pero siempre actuando en virtud de un plan común con un objetivo común. Este objetivo (asegurar la dominación de Japón mediante guerras de agresión) era criminal, y no se podía, se decía en el Proceso de Tokio, concebir crimen más grave que una conspiración de tal naturaleza que amenazaba la seguridad mundial.²⁶

5. El error y la supuesta réplica de los procesos

Para estudiosos, como Charles Minear, un punto que debe dejarse bien claro en la historiografía de los procesos internacionales es que si bien ha sido demostrado que había existido entre ciertos dirigentes el deseo de

²⁵ A propósito del ataque japonés a Pearl Harbor, base naval de los Estados Unidos en Hawaii, el 7 de diciembre de 1941, varios historiadores han acusado, de una forma u otra, al presidente Franklin D. Roosevelt de “haber voluntariamente descuidado la defensa de Pearl Harbor, a fin de provocar un shock psicológico, único capaz de vencer las reticencias aislacionistas”, Mourre, Michel, *Dictionnaire de l'histoire*, París, Bordas, 1990, p. 675. La llamada “escuela revisionista” es todavía más drástica: “As Professor Harry Elmer Barnes has put the case, in rather plain English: The net result of revisionist scholarship applied to Pearl Harbor boils down to this: in order to promote Roosevelt's political ambitions and his mendacious foreign policy some three thousand americans boys were quite needlessly butchered...”. Citado por Ferrell, Robert H., *Pearl Harbor and the world war*, Gran Bretaña, Esmonde M. Robertson, MacMillan Press, 1973, p. 272.

²⁶ Véase “Charte du Tribunal Militaire International pour l'Extreme-Orient approube des Forces Allies en Extreme-Orient”, en Bazelaire y Cretin, *La justice penale internationale*, París, PUF, 2000, anexo 3, pp. 133-142. Es cierto que a diferencia de Nüremberg, el Tribunal de Tokio no hacía de la acusación de la *conspiracy*, un cuarto tipo de infracción, sin embargo no lo descartaba del todo, puesto que el Tribunal era competente para juzgar a los criminales de guerra, “ya sea como individuos, o ya sea como miembros de una organización”. La pertenencia dejaba de ser una infracción autónoma para devenir una forma de participación criminal. Véase artículo 5o. de la Carta de Tokio, *cit.*

asegurar la dominación de Japón sobre otras naciones asiáticas, ninguna prueba ha establecido la realidad de un “complot” en estricto sentido.

El examen de diversos hechos y eventos relevantes no es suficiente para establecer la existencia de un “complot”, y antes, al contrario, para Charles Minear, ese mismo examen nos debe llevar a la conclusión de que no existía ningún plan concreto, ninguna decisión antes de 1941, que hubiera llevado inevitable e inexorablemente al ataque de la base naval estadounidense de Pearl Harbor.²⁷

Dentro de este mismo punto, la eminente historiadora, Isabelle Flandrois, sostiene que el error se genera por el hecho de que el proceso de Tokio quiso ser copia fiel del Proceso de Nüremberg, y esto provocó que se fabricara una imagen artificial de Japón, como una réplica de la Alemania del III Reich, y este error proviene a su vez de una visión de la Segunda Guerra Mundial, concebida como un gran y vasto “complot” contra la civilización entera.

Pero la guerra del Pacífico no se puede extrapolar a la guerra europea. El general Tojo (principal acusado) no era Adolfo Hitler, y no existía —continúa diciendo la profesora Flandrois— en Japón nada que se le asemejara al partido único sobre el cual habría podido apoyarse un fñih-rer nipón. El acercamiento con los países del Eje no fue el resultado de una concordancia ideológica, sino de intereses estratégicos de política internacional.²⁸

6. *Unidad 731*

Pero probablemente un aspecto todavía más grave y que deliberadamente dejó de lado la Corte Militar de Tokio, fue el relativo a los experimentos biológicos y químicos conducidos por las tropas japonesas, principalmente a través de la famosa “Unidad 731”, antes y durante la Segunda Guerra Mundial.

El gobierno norteamericano, y el general Mac Arthur, verdadero prónsul con autoridad ilimitada, evitaron revelar las atrocidades de esta “Unidad 731” ante el Tribunal,

²⁷ Véase Minear, Charles, *Victor's Justice*, *op. cit.*, Princeton University Press, 1971.

²⁸ Véase Flandrois, Isabelle, “Le Proces de Tokyo”, en Wiewiorka, Annette, *Le Proces de Nüremberg et de Tokyo*, Bruselas, Éditions Complexe, 1996, p. 171.

... de manera de poder monopolizar las informaciones sobre las diferentes experiencias realizadas sobre seres humanos... Se puede suponer que si estos hechos hubieren sido sometidos al Tribunal, los abogados de la defensa habrían contraatacado, acusando a los Estados Unidos de haber lanzado las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki... además de que cuando en un momento dado del proceso, alguien de la Defensa intentó acusar a los Estados Unidos por dicho lanzamiento de bombas atómicas,... la cuestión fue desechada aduciendo que la misma no caía dentro de la jurisdicción del Tribunal de Tokio.²⁹

7. Opiniones disidentes en Tokio

Por último, parece importante resaltar que los jueces del Tribunal de Nüremberg no emitieron ninguna opinión divergente en cuanto a la competencia del mismo Tribunal, ni tampoco acerca de los principios de derecho que fueron aplicados durante el proceso. Apenas el juez ruso emitió una opinión diversa a la mayoría, en lo relativo a la absolución de ciertos acusados y en particular por la pena que había sido dictada en contra de Rudolf Hess.

²⁹ Véase Awaya, Kentaro, *op. cit.*, pp. 188 y 189. "Cefait montre a l'evidence que le proems de Tokyo fut le 'proces des vainguers'." *Ibidem*, p. 189. A propósito del lanzamiento de las bombas atómicas sobre Hiroshima (6/VIII/1945) y Nagasaki (9/VIII/1945), el connotado historiador británico A. J. P. Taylor describe la reacción del presidente Trumann, de los Estados Unidos: "When Trumann learned that an atomic bomb had been dropped on Hiroshima, he exclaimed: "This is the biggest thing in History". The Americans used the atomic bomb against Japan with peculiar satisfaction", A. J. P. Taylor, *The Second World War*, Londres, Penguin Books, 1976, p. 228. Pero posiblemente más aterrador que la declaración del adocenado presidente Trumann resulta la actitud de la comunidad científica norteamericana, presionando para arrojar las bombas atómicas, con tal de justificar ante el Congreso las inversiones económicas de los proyectos y obtener mayor ayuda en el futuro. "The bomb simply, had to be used-so much money had been expended on it... The scientists insisted they must use it in order to justify to Congress all the money that had been spent on this... Both of them caused terrible destruction and ghastly sufferings to the Japanese people". Véase Taylor, A. J. P., *How Wars End*, Londres, Hamish Hamilton, 1985, pp. 97-99. La capacidad de comprensión parece además desintegrarse, pues aparte de la muerte y el dolor intenso, uno de los efectos más inhumanos del arma atómica fue precisamente sus efectos cuasi-permanentes, causados por la terrible radiactividad que de acuerdo con varios científicos, hasta la fecha repercuten en el plano genérico. *Cfr.* Cassese, Antonio, *Violence et droit dans un monde divisé*, París, Presses Universitaires de France, 1990, "Ce qui apparait different dans les cas de Hiroshima et de Nagasaki, e'esf la qualite de la souffrance infligee", *op. cit.*, p. 20.

Sin embargo, esto no sucedió con el Tribunal Militar de Tokio, en donde las opiniones de los jueces francés, holandés e hindú difirieron considerablemente del juicio del Tribunal en puntos de mucha importancia.

Así, por ejemplo, el juez francés, Henri Bernard, emitió una opinión disidente, sosteniendo: “El Estatuto del Tribunal no estaba fundado en ninguna regla de derecho existente al momento en que las infracciones fueron cometidas y por lo demás tantos principios de justicia habían sido violados en el curso del proceso que la sentencia del Tribunal sería sin duda anulada por razones de derecho en la mayoría de los países civilizados”. En idéntica manera se pronunciaron los jueces de Países Bajos y de la India.

El juez Henri Rolling (Países Bajos) declaró, además: “... la preparación militar en vista de un conflicto probable no implica necesariamente un complot con miras a llevar a cabo una agresión”. En el mismo sentido se pronunció el juez Binod Pal, de la India, considerando que en ausencia de una definición internacionalmente admitida de la noción de agresión, “... todo proceso como el que venía de llevarse a cabo ante el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente no era más que el proceso del vencido por el vencedor”.³⁰

XI. CONCLUSIÓN

Por primera vez en la historia, los tribunales de Nüremberg y Tokio llevaron a cabo una obra de justicia internacional, creando un gran precedente al constituir la primera etapa de la justicia penal internacional del futuro.

Los procesos de ambos tribunales sostuvieron sin ambigüedad la responsabilidad de los individuos *vis à vis* la comunidad internacional.

³⁰ Véase *New York Herald Tribune*, 14/XI/1948, p. 27, y *New York Herald Tribune*, 13/XI/1948, p. 3. Citado por *Memorandum du Secrétaire Générale*, Nueva York, Nations Unies, Assemblée Générale, C.D.I., Lake Success, 1949, pp. 93 y 94. *Cfr.* Glaser, Stefan, *Introduction a l'étude du droit international pénal*, prefacio del prof. A. L. Goodhart, Bruselas, París, Bruylant/Sirey, 1954, pp. 76-131. Para el profesor Stefan Glaser, de la Universidad de Liege, no hay duda de que todos los actos incriminados por los tribunales militares internacionales, tanto de Nüremberg como de Tokio, “...étaient affectés du caractère criminel longtemps avant leur accomplissement. Il est certain que quand ils ont été commis, ils étaient considérés comme illégaux et punissables, non seulement pour la conscience universelle du monde civilisé mais aussi par le droit commun des États civilisés”, cap. III, pp. 83 y 84.

A través de su jurisprudencia, reafirmaron —Jacques Desheemaeker— el principio capital que está en la base misma de la comunidad internacional: “el derecho por encima del Estado y nunca al arbitrio del mismo”.

Nüremberg y Tokio demostraron, como nunca antes, que la existencia de una orden superior, como causa de exoneración de la responsabilidad del acusado, no era en absoluto admisible, ya que las obligaciones internacionales que se imponen a los individuos tienen primacía respecto a su deber de obediencia hacia el Estado del cual son ciudadanos.

Aquellas personas que violan las leyes de la guerra —derecho humanitario— no pueden alegar como justificación el mandato recibido por el Estado, desde el momento en que el Estado, al dictar tales órdenes, está trastocando los atributos legales que le reconoce el derecho internacional consuetudinario.

Los procesos de Nüremberg y Tokio, con todas sus bondades y virtudes, no por ello dejaron de ser criticados. Por una parte, la mayoría de los veredictos no habrían sido posibles sin el recurso a la teoría del “complot” y a la acusación de la guerra de agresión.

Es cierto también que la culpabilidad de los acusados exigía la creación de un tribunal internacional, pues cualquier otra solución no habría tenido el efecto político espectacular que se buscaba. Sin embargo, como ha señalado Manhed Messerschmidt (1870-1958), las potencias victoriosas probablemente hubieran podido brindar un mayor y mejor servicio al derecho internacional si éstas no hubieran convocado únicamente a sus propios procuradores y jueces. En este sentido, un foro especial de Naciones Unidas podría haber sido una mejor solución, aunque obviamente sin la espectacularidad social y el poderoso impacto político que se perseguía.

Sea de ello lo que fuere, después de estos procesos internacionales la justicia penal internacional invernaría por largo tiempo y por razones diversas (“guerra fría”), hasta la decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, mediante la resolución 808 del 22 de febrero de 1993 de crear un Tribunal Internacional (*ad hoc*) para juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991.

Poco después, en forma similar y como consecuencia de infinidad de informes, provenientes sobre todo de la Comisión de Derechos Humanos

de la ONU, demostrando el aberrante genocidio cometido en Ruanda y otros Estados vecinos, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptaría la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994, estableciendo una jurisdicción penal internacional, con sede en Arusha, Tanzania, para enjuiciar a las personas responsables de los crímenes ahí cometidos entre el 1o. de enero de 1994 y el 31 de diciembre del mismo año.

En el entretiempro, en este largo *intermezzo*, de Nüremberg/Tokio a ex Yugoslavia/Ruanda, no existe sino el muy honroso *Tribunal Russell*, constituido en Londres en noviembre de 1966, y apoyándose precisamente en los principios de Nüremberg, para pronunciarse sobre las responsabilidades, no de personas privadas, sino de aquellas generadas por el gobierno norteamericano en su guerra en contra del pueblo vietnamita.

El no representar a gobierno alguno, ni estar vinculados por razones de Estado, ni por obligación alguna de cualquier género, brindaba, ante la moral y la opinión públicas, una respetabilidad imponente al Tribunal.

Nadie lo pudo expresar mejor que Jean Paul Sartre, presidente ejecutivo del mismo, la mañana del 2 de mayo de 1967 en su discurso inaugural, en Estocolmo:

Le Tribunal Russell est né de cette double constatation contradictoire: la sentence de Nuremberg a rendu nécessaire l'existence d'une institution destinée à enquêter sûr les crimes de guerre et, s'il y a lieu, à en juger; ni les gouvernements ni les peuples ne sont aujourd'hui en mesure de la créer... Certes notre Tribunal n'est pas une institution. Mais, il ne se substitue à aucun pouvoir institué: il est issu, au contraire, d'un vide et d'un appel (Tribunal Russell, Gallimard, Paris, 1967, vol. I, pp. 28 y 29).

Finalmente, como es de todos conocido, el 18 de julio de 1998 en la Conferencia Internacional de Roma, Italia, se adoptaría un Tratado relativo al Estatuto de la primera jurisdicción penal internacional de carácter permanente, y con vocación universal.

La Corte Penal Internacional, en vigor desde el 1o. de julio de 2002, una vez que se depositó el sexagésimo instrumento de ratificación (artículo 126) ha sido sistemáticamente criticada y boicoteada abiertamente por el gobierno estadounidense bajo la presión del ala dura de la derecha parlamentaria.

El gobierno norteamericano no tiene la menor intención de que el día de mañana, por una razón u otra, uno de sus soldados de cualquier jerar-

quía, pueda ser susceptible de tener que enfrentar la Corte Penal Internacional por crímenes de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad. Cualquier miembro de sus fuerzas armadas debe, por ley, gozar de inmunidad.

El gobierno norteamericano, en una parte de su estrategia, está solicitando a otros Estados, que firmen acuerdos de no extradición a fin de que el día de mañana se comprometan a la no entrega de ciudadanos estadounidenses, presuntos responsables de crímenes penales ante la Corte Penal Internacional. De hecho ya se han firmado estos acuerdos bilaterales con una docena de países, tales como Israel, Rumania, Tayiskistán, Timor Oriental y otros.

Si el Tribunal de Roma se ha constituido teniendo como propósito fundamental el poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, ¿sería posible concebir que no existe incompatibilidad entre este propósito fundamental y la suscripción de acuerdos bilaterales con el gobierno norteamericano, que en el fondo podrían además dejar impunes a los autores de los crímenes competencia de la jurisdicción penal internacional?

¡De ahí que no parezca exagerado calificar, como lo han hecho varios diplomáticos, de verdadera “*jihad* ideológica” la guerra emprendida por los Estados Unidos en contra de la Corte Penal Internacional!