**Extraído de**

**FARINELLA FAVIO, ENEMIGOS DE LA HUMANIDAD, Editorial Académica Española, February 22, 2013, España- ISBN-10:3848453266 - ISBN-13:978-3848453269 – Capítulo II, p-43 a 56.**

**II. La obligación del individuos de no cometer crímenes internacionales.**

1. Existen obligaciones impuestas al individuo que trascienden el derecho interno, entre ellas, el no atentar contra su especie. La responsabilidad individual constituye la piedra de toque del DIPenal[1], el tanto el subsistema nace y se desarrolla en torno a ella. Esta obligación se interpreta de forma mas estricta respecto de los líderes estatales, ya que en los casos de violencia masiva organizacional, la responsabilidad acrece en función del poder decisorio, que generalmente se corresponde con el mayor status en el mando organizacional.

2. El tabú de Nüremberg rompe con el dilema existente entre la protección de los derechos fundamentales de la persona, y el respeto de la inmunidad de jurisdicción de los agentes estatales. Como precedente inmediato, los tratados de Versailles habían decidido el enjuiciamiento de las autoridades Turcas responsables del genocidio Armenio y luego, la responsabilidad del Káiser Wilhelm II como autor de crímenes contra la paz, aunque diversas circunstancias impidieron los respectivos procesos. Comenzaban a disminuir los territorios seguros para los criminales internacionales.

El DI retoma en Nüremberg, el esbozo fallido de Versailles, para modelar la responsabilidad penal individual, separando la responsabilidad del acusado, de la inmunidad de jurisdicción de la que pudiera gozar como gobernante o agente del estado, y aún de la propia responsabilidad del estado en cuestión. Dijo el Tribunal de Nüremberg:

'Se ha dicho que el Derecho Internacional sólo se ocupa de las acciones de los estados soberanos, y que no provee castigo para los individuos … En la opinión del Tribunal, [esta alegación] debe ser rechazada. Es largamente reconocido que el Derecho internacional impone

1 ) Así lo afirma la CDI en sus comentarios al Proyecto de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II, Part Two, pág. 18. El principio de responsabilidad penal individual impuesta de manera directa por el DI fue afirmado en el artículo 1 del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en 1954, y en el Artículo 2, inc. 1 del Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (CDI) de 1996. Anuario de la CDI, United Nations Publications, A/CN.4/SER.A/1996/Add. 1 (Part. 2), Vol. 2, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, 1996, pág. 20.

obligaciones y responsabilidades tanto a los individuos como a los estados.'[2]

3. La CDI basó el principio de responsabilidad individual por la comisión de delitos internacionales en el Estatuto de Nüremberg[3], reformulando en términos generales la referencia del Estatuto relativa a quienes 'actuaron en el interés de los estados del Eje Europeo', brindándole el status de 'principio' de DIPenal.[4]

4. La existencia de la responsabilidad por crímenes internacionales es independiente de la eventual tipicidad doméstica.[5] Dijo el tribunal de Nüremberg que: '... la verdadera esencia de la Carta [del Tribunal] es que los individuos poseen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el estado del cual es nacional.'[6] Sin embargo, como la aplicación del DIPenal es competencia primaria de las jurisdicciones domésticas, el juez nacional enfrentará graves dificultades si intenta fundar su jurisdicción, en la 'tipicidad consuetudinaria' del delito internacional, o si aún existiendo instrumentos internacionales vigentes, el estado cuya jurisdicción ejerce, no ha ratificado el instrumento, o si aún habiéndolo hecho, no ha incorporado la figura y la pena en su legislación interna. En todos estos casos, estaría contraviniendo la interpretación doméstica del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege.' Para la jurisdicción internacional, en cambio, la tipicidad consuetudinaria ha sido en varias situaciones, el fundamento de su jurisdicción.[7]

5. La obligación en examen puede analizarse en función de un cuádruple criterio:
(a) la ampliación de las formas de participación criminal internacional, intentando abarcar a la totalidad de los intervinientes;
(b) la irrelevancia del cargo oficial, a efectos de la persecución penal;

---

2 ) Nazi Conspiracy and Aggression Opinion and Judgement (Washington, United States Government Printing Office, 1947), pág. 52.

3 ) Estatuto de Nüremberg, Artículo 6, sub-paras. (a), (b) y (c), donde se afirma la competencia del tribunal para procesar y castigar a las personas que a título particular o como miembros de organizaciones y actuando conforme los intereses de los estados del Eje Europeo, habían cometido los crímenes bajo examen.

4 ) Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. Texto adoptado por la CDI en su segunda sesión, en 1950, y enviado a la Asamblea General como parte del Reporte de la Comisión cubriendo el trabajo de la sesión. ILC Report, A/1316 (A/5/12), 1950, part III, paras. 95-127, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II.

5 ) El Principio II expresa: 'El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.' Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg. Resolución de la Asamblea General 95 (I), adoptada el 11 de Diciembre de 1946.

6 ) Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, vol. I, Nürnberg 1947, pág. 223.

7 ) Estatuto del Tribunal de Nüremberg y demás procesos iniciados a partir de la Ley del Control aliado No. 10, respecto de los calificados como 'crímenes contra la humanidad' que se basaban en la tipicidad consuetudinaria. También Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Kolk y Kislyiy v. Estonia: Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva, Demandas No. 23052/04 y No. 24018/04, de fecha 17/10/2006.

(c) las doctrinas de responsabilidad de mando y empresa criminal conjunta, que en derecho interno -adelantamos-, encuentran un fuerte vínculo con el dominio por organización, con el fin de despejar el camino hacia los líderes; y

(d) la exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad, que libera el camino hacia los ejecutores directos.

A partir de Nüremberg, los cuatro pilares se irán repitiendo en todos los estatutos constitutivos de tribunales internacionales y mixtos[8], cuyo objeto sea el procesamiento de responsables de crímenes internacionales. Los cuatro criterios no deben analizarse aisladamente, ya que forman parte de un todo. Intentan consolidar la última ratio del sistema de protección internacional de los derechos humanos: la sanción penal frente a la comisión ya ocurrida. Veamos la validez de esta afirmación.

6. Los Estatutos de los tribunales penales ad-hoc para la ex-Yugoslavia (TPIY) y Rwanda (TPIR) receptan la responsabilidad individual penal, afirmando como ámbito personal: '… a los presuntos responsables de violaciones del DIH (…TPIY)'; y '… a los presuntos responsables de violaciones graves del DIH (…) y a ciudadanos de Rwanda responsables de violaciones de esa naturaleza (… TPIR).'[9] Como formas de participación, ambos Estatutos incluyen en forma amplia, a quien 'haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados (…)'[10].

Ambos Estatutos receptan los criterios mencionados.[11]

7. También el ER incluye los cuatro pilares.[12]

Primero, afirma la competencia de la CPI sobre las personas físicas, en un amplio espectro de formas de participación, contemplando a: (a) quienes ejecuten; (b) ordenen ejecutar; (c) participen como instigadores, cómplices, encubridores, y ayuden y alienten; o (d) contribuyan de cualquier otra manera a la comisión o tentativa del crimen por un grupo de personas con una finalidad común, en tanto su contribución sea intencional y tenga como fin, llevar adelante la actividad o propósito

8 ) Hacemos mención a las decisiones de los tribunales ad-hoc de Yugoslavia y Rwanda, las resoluciones preliminares de la Corte Penal Internacional y otros tribunales internacionales ad-hoc y mixtos, junto con ciertas decisiones domésticas fundadas tanto en el propio derecho interno como en el DI.

9 ) Estatuto TPIY, Artículo 1 y Estatuto TPIR, Artículo 1, respectivamente.

10 ) Estatutos TPIY y TPIR, Artículos 7.1 y 6.1 respectivamente.

11 ) Estatuto TPIY, Artículo 7; Estatuto TPIR, Artículo 6.

12 ) Los tribunales internacionales y mixtos precedentes fueron estatuidos a partir de los siguientes documentos: La Carta de Londres que instituyó el TMI de Nüremberg (1945); la Resolución del CS ONU 827 (25/05/1993) que establece el Estatuto del TPIY (Artículo 7, para. 1 y Artículo 23, para. 1) y la Resolución 955 (8/11/1994) que establece el TPIR (Artículo 6, para. 1, Artículo 22, para. 1); el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, establecido por un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona de acuerdo a la Resolución de CS 1315 del 14/08/2000; La Ley de Cambodia sobre el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias con la inclusión de enmiendas promulgada el 27/10/2004, estableciendo el Tribunal que investiga las atrocidades cometidas por el Khmer Rouge; el Estatuto para el tribunal Internacional del Líbano, Artículo 3.1.b, CS UN Resolución 1757 adoptada en su 5685 sesión en 30/05/2007. Fue reafirmado asimismo por la CDI en el Principio I de Nüremberg.

grupal o con el conocimiento de la intención criminal del grupo.[13]

Segundo, excluye la excepción de la inmunidad de jurisdicción basada en la capacidad oficial del agente criminal, a la vez que acepta la doctrina de responsabilidad de comando, y rechaza la doctrina de la obediencia debida.[14]

Tercero, afirma la obligación de aprobar legislación doméstica que tipifique y sancione los crímenes internacionales, captando así los principios de derecho interno '*nullum crimen, nulla poena sine lege*', con el propósito de facilitar el principio de jurisdicción subsidiaria de la CPI.

8. La tendencia se consolida en el siglo XXI con los estatutos de los tribunales penales ad-hoc de Sierra Leona, Líbano y las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Cambodia.

El Estatuto para el Tribunal Especial de Sierra Leona reitera las formas de participación previstas en el Artículo 25 ER arriba transcriptas[15], y añade las previsiones de la legislación penal interna: 'la responsabilidad penal individual por los delitos mencionados en el Artículo 5 [crímenes bajo el derecho de Sierra Leona] serán determinados conforme las respectivas leyes de Sierra Leona.'[16]

En la situación de Sierra Leona, se optó por perseguir principalmente al liderazgo superior:

'El Tribunal Especial podrá, (…) procesar a las personas que posean la mayor responsabilidad por violaciones graves del DIH y del derecho Sierra Leonés cometidas en el territorio de Sierra Leona desde el 30/11/1996, incluyendo aquellos líderes que, al cometer tales crímenes, han amenazado el establecimiento de y la instrumentación del proceso de paz en Sierra Leona'.[17]

Se afirma la doctrina de responsabilidad por mando, y niega la obediencia debida como eximente.[18]

---

13 ) ER Artículo 25.3: '3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: (a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; (b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; (c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; (d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: (i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o (ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; (e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; (f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

14 ) ER, Artículos 27 y 28.

15 ) Estatuto para Sierra Leona, Artículo 6.1: 'La persona que planeó, instigó, ordenó, ejecutó o de cualquier otra forma ayudó y alentó la planificación, preparación y ejecución de un crimen referido en los Artículos 2 a 4 del presente Estatuto será individualmente responsable por el crimen'. El Estatuto para la Corte Especial de Sierra Leona, fue establecido por un acuerdo entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona luego de la Resolución 1315 del Consejo de Seguridad de 14/08/2000.

16 ) Ibídem, Artículo 6.

17 ) Ibídem, Artículo 1.

18 ) Ibídem, Artículos 6.3 y 6.4 .

9. El Estatuto para el tribunal del Líbano origina un tribunal penal internacional ad-hoc, creado -como todos- con posterioridad a los hechos que lo motivaron. Este tribunal especial posee 'jurisdicción sobre las personas responsables del ataque del 14 de Febrero de 2005'[19], que originaron la muerte del presidente Hariri y otras 22 personas, aun cuando puedan investigarse otros actos conexos.[20]

Respecto de las formas de participación, afirma la responsabilidad penal individual toda vez que una persona cometa, participe, organice o dirija a otros a cometer el crimen o contribuya a su comisión 'a través de un grupo de personas actuando con un propósito común, siendo tal contribución intencional y hecha con el propósito de avanzar la actividad o el propósito criminal general del grupo o en el conocimiento de la intención del grupo de cometer tal crimen.'[21]

Como en las demás situaciones, se establecen los alcances de las doctrinas de la responsabilidad de comando y obediencia debida.[22]

10. En la situación de Cambodia[23], la misión del tribunal consiste en 'llevar a proceso a los principales líderes de Kampuchea Democrática, y aquellos que han sido mayores responsables de los crímenes y violaciones graves de las leyes criminales de Cambodia, el derecho y la costumbre internacional humanitarios, y las convenciones internacionales reconocidas por Cambodia (...)'.[24]

Como forma de participación, se incluye a todo sospechoso 'que hubiera planeado, instigado, ordenado, ayudado y colaborado, o cometido los crímenes referidos en (…) esta ley.'[25]

La Ley refiere las doctrinas de responsabilidad de comando y de obediencia debida.[26]

---

19 ) Estatuto para el Tribunal del Líbano, Artículo 1.

20 ) El vínculo entre el atentado y otros actos criminales se establece a partir de una combinación de elementos no exclusivos como la intención criminal, el propósito detrás de los ataques, la naturaleza de las víctimas elegidas como blanco, el modus operandi de los ataques y los partícipes. Estatuto para el Tribunal del Líbano, Artículo 1.

21 ) Statute of the International Tribunal of Lebanon, Artículo 3.1.a y 3.1.b. UN Security Council Resolution 1757 adopted at its 5685th meeting, 30/05/2007.

22 ) Estatuto para el Líbano, Artículos 3.2 y 3.3 .

23 ) La 'Ley para el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Cambodia para la persecución de crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática', verdadero tribunal mixto, ya que funciona dentro del Estado Camboyano, pero las decisiones referidas a creación, integración y funcionamiento se comparten entre Cambodia y la ONU. Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27/10/2004 (NS/RKM/1004/006). Unofficial translation by the Council of Jurists and the Secretariat of the Task Force. Revised 26/08/2007. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, En internet www.eccc.gov.kh . Véase también la página web de la UN Assistance to the Khmer Rouge trials www.unakrt-online.org .

24 ) Estatuto para las Cámaras Extraordinarias ..., Artículo 1.

25 ) Ibídem, Artículo 29.

26 ) 'The fact that any of the acts (...) were committed by a subordinate does not relieve the superior of personal criminal responsibility if the superior had effective command and control or authority and control over the subordinate, and the superior knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators' and 'The fact that a suspect acted pursuant to an order of the Government of Democratic Kampuchea or of a superior shall not relieve the suspect of individual criminal responsibility' (Artículo 29, pág. 3 y 4, Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers...).

11. Los tribunales internacionales penales creados durante el primer decenio del siglo XXI para Timor del Este, Kosovo, Bosnia-Herzegovina, Burundi e incluso Iraq[27], re-afirman la responsabilidad penal individual por la comisión de los mas graves delitos internacionales, y reiteran en forma amplia, las posibilidades de participación ya referidas; excluyen la capacidad oficial como excepción procesal; y rechazan la doctrina de la obediencia debida como eximente de responsabilidad.

12. En suma, la obligación internacional de no cometer crímenes internacionales y la responsabilidad penal para los individuos que la transgredan, principia en Nüremberg, y cobra un impulso decisivo en la última década del siglo XX, bajo el amparo del paradigma de los derechos humanos.

Los estatutos analizados confirman este punto. El juzgamiento de los responsables puede a su vez, dividirse entre los estatutos que otorgan mandato para procesar a la totalidad de los intervinientes (situaciones de la ex-Yugoslavia, Rwanda y Sierra Leona), y aquéllos que refieren el juzgamiento exclusivo o preferente del liderazgo criminal superior o intermedio (situaciones de Cambodia y Líbano).

La existencia de los tribunales ad-hoc demuestra dos situaciones. Primera, cierta voluntad de la comunidad internacional en hacer efectiva la responsabilidad individual por crímenes internacionales. Segunda, cierto fracaso de las jurisdicciones internas, primeras obligadas a cumplir la consecuencia jurídica de la norma violada.

Sin embargo, jamás la obligación de no cometer crímenes internacionales será efectiva, en tanto existan paraísos de impunidad. Hace siglos, Grocio entendió la cuestión y entonces, afirmó la obligación de los estados de 'extraditar o castigar'. Siglos después, se continúa discutiéndola. Lo veremos posteriormente.

## III. Primeros desarrollos en la fundamentación del principio de responsabilidad individual: las consecuencias de Nüremberg.

27 ) Los tribunales son: (a) los Paneles para graves crímenes en las cortes de distrito de Dili (Timor del Este), activas entre los años 2000 y 2005; (b) los Paneles de las Regulaciones 34 y 64 en las cortes de Kosovo, activos desde 2000; (c) la Cámara de crímenes de guerra de la Corte de Bosnia-Herzegovina, activa desde 2005; y la Cámara Especial en las cortes de Burundi. En teoría, el Tribunal Especial para Iraq podría considerarse un tribunal mixto, ya que su Estatuto prevé que puedan designarse extranjeros junto con los fiscales y jueces Iraquíes. En la práctica, ha sido un tribunal estrictamente Iraquí que juzga a ciudadanos Iraquíes y excepcionalmente a extranjeros residentes que han violado la ley Iraquí y cometido crímenes internacionales durante el régimen de Saddam Hussein.

1. El Principio I de Nüremberg[28] deja en claro que conforme el DI existe responsabilidad penal individual frente a la comisión de un delito internacional. Tras los procesos del TMI a la máxima jerarquía Nazi, mas de un millar y medio de procesos fueron incoados por los tribunales militares de las potencias aliadas, y una importante cantidad se fundó en crímenes ejecutados por las 'organizaciones criminales Nazis'. Los miembros compartían como característica distintiva, el propósito común de perpetrar crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, incluido el genocidio. Aparece aquí por primera vez la importancia del carácter organizacional, hoy característica básica de los crímenes internacionales, y fundamento vital tanto de la responsabilidad por mando, como de la responsabilidad por dominio de organización. Estas organizaciones constituían verdaderas 'empresas criminales conjuntas', en el sentido que el TPIY utilizaría medio siglo después para responsabilizar a todos los miembros de un grupo por las acciones criminales de cualquiera de sus integrantes en tanto formaran parte de la empresa criminal conjunta inicial.[29]

2. La responsabilidad penal individual de los antiguos miembros de las SS, SD y la Gestapo (y organizaciones asociadas) se discutió en estos juicios. Y aún en algunos se investigó la responsabilidad de individuos que habiendo formado parte de la 'empresa criminal', actuaron en su capacidad privada, sin ser miembros de la organización. También en estos casos, los tribunales consideraron que tales personas habían quebrantado obligaciones internacionales, y con este fundamento, fueron condenadas.

Los doce procesos que comenzaron luego del juicio principal, incluyeron a los líderes de organizaciones de carácter público y privado, ademas de sus miembros. La criminalización del liderazgo de aquellas personas jurídicas declaradas criminales constituyó una figura autónoma, aunque de uso muy restringido.

28 ) Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg. Resolución de la Asamblea General 95 (I), 11/12/1946.

29 ) TPIY, Prosecutor v. Radoslav Brdanin y Momar Talic, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend, 26/06/2001, para. 24, 2001 WL 1793829. Véase Novotná Kateřina, 'The Concept of Joint Criminal Enterprise As a Form of Commission of Crimes Under International Law', Days of Public Law, Brno: Tribun EU, s.r.o., 2007, págs. 1100-1110; Hamdorf Kai, 'The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law', Journal of International Criminal Justice, Vol. 5, Issue 1, 2007, págs. 208-226.