



¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores? por Geneviève Dufour

Resumen: Aparentemente, la defensa de las órdenes superiores es un concepto relativamente fácil de definir. No obstante, pese a su aparente simplicidad, entre los expertos jurídicos causa más confusión de lo que se pensaría. En efecto, esta defensa se basa en la obediencia a las órdenes de un gobierno o superior, sea éste militar o civil. Para algunos se trata de una justificación, para otros es una circunstancia atenuante y para otros de ambas cosas. No obstante, en opinión del autor, el debate es puramente teórico, pues en la práctica la defensa de las órdenes superiores ya no se usa por sí sola.

La defensa de las órdenes superiores parece ser un concepto relativamente fácil de definir. Sin embargo, veremos que pese a su aparente simplicidad, suscita más confusión entre los juristas de lo se pensaría [1]. En efecto, esta defensa se basa en la obediencia a las órdenes de un gobierno o de un superior. Algunos la consideran como un hecho justificativo, otros como una circunstancia atenuante, o incluso como ambas [2]. En realidad, se trata de un falso debate puesto que, si se le define como tal y si se hace un examen serio de su aplicación, se debe reconocer que en la actualidad la defensa de órdenes superiores ya no existe simplemente como una defensa autónoma.

A lo largo de la historia, varios textos convencionales han ayudado a definir las condiciones de admisibilidad de la defensa de órdenes impartidas por el superior jerárquico. Asimismo, varios tribunales han tratado de interpretarla a fin de aplicarla a los diversos casos que tienen por resolver. Una tendencia clara se desprende del análisis de esta práctica, y ya tendremos la oportunidad de referirnos a ella. En efecto, aunque de manera temprana en la historia del derecho internacional penal contemporáneo se definió y se dejó de lado esta práctica como una justificación, la práctica subsecuente ha dado lugar a una confusión de la información. Sin embargo, una norma existe hoy.

Por otra parte, podremos constatar en qué medida esta defensa sigue siendo una compleja nube, a pesar de su aparente simplicidad. Tanto los juristas como los políticos o los militares tienden a confundir la orden superior con las otras defensas de derecho internacional penal, tales como la coacción, el error de hecho o incluso la necesidad militar.

Por último, sería imposible ignorar el Estatuto de la Corte Penal Internacional que, en cierto modo, viene a cambiar el orden de las cosas. Resultado de un proceso consensual, estaremos en condiciones de constatar los efectos, en ocasiones perversos, que un método como éste puede provocar.

La orden superior al interior de un derecho naciente

Desde muy temprano, la defensa de órdenes superiores preocupaba ya a los filósofos y a los juristas. Para Hobbes, la orden de un superior exigía obediencia absoluta: "When I do, by order, an act which is a wrong for the one who commands it, it is not my wrongdoing, as far as the commander is my legitime master" [3]. Locke, al contrario, consideraba que no se debía ejecutar la orden impartida por un superior y que fuese ilegal, puesto que lo humano debía ser, ante todo, leal para con la ley. Hugo Grotius iba en la misma dirección y consideraba que la única forma de oponer resistencia a la injusticia era no aceptar la defensa de órdenes superiores cuando ellas no eran legítimas [4]. Fue esta idea la que orientó a la gran mayoría de pensadores y, como veremos, es la misma que sigue prevaleciendo hoy.

El primer acusado que trató de justificar sus crímenes recurriendo a la defensa de órdenes superiores fue Sire Peter de Hagenbach, en 1474, juzgado por el régimen de terror que impuso al interior de la ciudad fortificada de Breisach [5]. De esta forma, su abogado alegó que Hagenbach "had no right to question the order which he was charged to carry out, and it was his duty to obey" [6]. El tribunal rechazó su defensa, lo halló culpable y lo condenó a la pena capital. Más tarde, el 1660, el comandante de la guardia responsable de la ejecución de Carlos I, el coronel Axtell, fue juzgado por traición y homicidio. Este último invocó la defensa de obediencia a la orden de un superior, pero los jueces rechazaron su defensa aduciendo que quien obedeciera una orden que condujera a una traición debería ser considerado como un traidor [7]: "His superior was a traitor, and all that joined him in that act were traitorous and did by that approve the treason; and where the command was traitorous, there the obedience to that command is also traitorous" [8].

En los Estados Unidos se encuentran registrados varios ejemplos de procesos en los cuales se ha invocado la defensa de órdenes superiores. Comencemos por una sentencia de 1804 pronunciada por el juez Marshall, cuyos términos fueron los siguientes: "The instructions cannot change the nature of the transaction, or legalize an act which, without those instruction, would have been a plain trespass" [9].

En otro caso, un juez manifestó su opinión respecto de la imposibilidad de eximir a un acusado de su responsabilidad cuando, en cumplimiento de una orden, este último haya matado a un civil [10]. Durante la guerra de 1812, un soldado que fue injuriado por un transeúnte que no estaba de acuerdo con las posiciones de la marina, disparó su bayoneta contra su interlocutor. Acusado de homicidio, él alegó que se había impartido la orden de matar a quien demostrara irrespeto hacia el trabajo de los militares. A manera de directiva, el juez Joseph Story indicó al jurado que si una orden era ilegal, tanto el subordinado como el superior debían ser acusados de homicidio [11]. En 1827, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó una sentencia y trató de explicar la razón de ser de la defensa de órdenes superiores en el contexto militar:

"(...) [una] obediencia rápida y ágil a las órdenes es indispensable para alcanzar completamente este objetivo. El servicio es un servicio militar, y la orden es de naturaleza militar; y en este caso, cualquier retraso u obstáculo en una ejecución eficaz e inmediata tiende, necesariamente, a poner en peligro el interés público. Mientras que los oficiales subalternos y los soldados se detienen a considerar si están en la obligación de obedecer o a sopesar de manera escrupulosa los hechos en virtud de los cuales su comandante en jefe ejerce su derecho a exigir servicios, el enemigo puede ejecutar con éxito una operación sin que haya posibilidad de oponer resistencia." [12].

Pese a lo que se pueda deducir de esta explicación, en los Estados Unidos se pronunciaron muchas otras sentencias en el transcurso del siglo XIX, y todas ellas parecen coincidir en el rechazo categórico de la defensa de órdenes superiores cuando la orden impartida supone una acción - o inacción- que podría ser ilegal [13].

En Leipzig, tras la Primera Guerra Mundial, se instauraron dos procesos relacionados con la defensa de órdenes superiores. En el primero, correspondiente al caso del Castillo de Landoverly [14], dos tenientes fueron condenados por haber ejecutado una orden manifiestamente ilegal, al torpedear un barco hospital inglés y hundir los botes salvavidas para estar seguros de que no quedaría ningún testigo de su crimen. El juez llegó a la conclusión de que la defensa de órdenes superiores era inadmisibles como justificación, habida cuenta de que los soldados debían saber que la orden impartida por su comandante era manifiestamente ilegal:

"It was perfectly clear to the accused that killing defenceless people in the life boat could be nothing else but a breach of the law. (...) They should, therefore, have refused to obey." [15].

Cabe señalar, no obstante, que el Tribunal tuvo en consideración la defensa presentada por los acusados en tanto que circunstancia atenuante; debido a ello, fueron condenados únicamente a cuatro años de prisión.

La segunda sentencia, conocida comúnmente como "Castillo de Dover" [16], plantea mayores problemas. Mediante dos memorandos, el gobierno alemán habría ordenado el hundimiento de todos los barcos hospitales porque tenía serios indicios para creer que tales embarcaciones transportaban militares y, en consecuencia, podían constituir objetivos militares. La Corte aceptó la defensa de órdenes superiores y, en efecto, consideró que esta defensa es aceptable en todo tiempo. No obstante, ella estableció dos límites: cuando el subordinado va más allá de la orden impartida o cuando el subordinado sabe que la orden es contraria al derecho. Y es aquí donde reside el peligro de aceptar la defensa de órdenes superiores en algunos casos. Dado que las órdenes las impartió el mismo gobierno, la Corte consideró procedente creer que los subordinados habían juzgado la orden como legítima.

A nuestro modo de ver, se trata de un avance peligroso que parece ignorar en qué medida el mal puede asumir una forma banal en tiempo de conflicto. Por consiguiente, cuando al final del juicio la Corte considera que el acusado no habría utilizado sus artimañas si hubiera pensado que ellas no eran legales, parece dejar de lado un aspecto particular de los conflictos armados, a saber, el que la filósofa Hannah Arendt denomina la "banalización del mal" cuando se refiere al caso Eichmann [17]. En efecto, la historia nos demuestra que es posible que un gobierno convenza a todo un pueblo de la validez y legitimidad de su lucha. Gracias a tres simples "mentiras", el gobierno de Hitler había logrado, según la expresión utilizada por la filósofa, autointoxicar al pueblo entero: 1. Esa guerra no era verdaderamente una guerra. 2. El responsable de la guerra era el destino, y no Alemania. 3. Para los alemanes era una cuestión de vida o muerte: debían exterminar a sus enemigos o exterminarse entre ellos mismos [18]. El caso del genocidio de Ruanda ilustra perfectamente esta idea. Algún tiempo después de perpetradas las masacres y antes de la instauración del Tribunal Penal Internacional, los investigadores las Naciones Unidas pudieron constatar cuán orgullosos se sentían algunos milicianos hutus por haber "contribuido a la eliminación de los tutsis". Para ellos, se trataba de una gloria y su "trabajo" había contribuido a la purificación de la raza humana. Se trata entonces de establecer en qué medida el razonamiento del juicio del "Castillo de Dover" representa un peligro.

En otro orden de ideas, resulta interesante señalar que tras la Primera Guerra Mundial, la cuestión de la defensa de órdenes provocó una gran división entre las grandes potencias, hasta el punto que se impidió la entrada en vigor de un tratado relativo a la utilización de los submarinos y de los gases nocivos. En efecto, se requería la firma de cinco Estados para que entrase en vigor, pero sólo se logró la ratificación por parte de los Estados Unidos, Japón, Italia y el Reino Unido; Francia se opuso aduciendo que su artículo III disponía el castigo a los criminales que actuasen o no de conformidad con la orden de su superior [19]. Por consiguiente, el tratado nunca entró en vigor.

La aplicación por el derecho internacional penal contemporáneo
Afortunadamente, la interpretación de la defensa de órdenes superiores no se quedó allí. Se puede incluso considerar que, salvo algunas excepciones, esta defensa fue rechazada de manera sistemática tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional, comúnmente conocido como el Estatuto de Nuremberg, rechazaba esta defensa, de manera expresa por lo demás, argumentando que:

"El hecho de que el acusado haya actuado siguiendo una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de su responsabilidad, aunque puede considerarse como atenuante de la pena, si el Tribunal decide que así lo exige la justicia" [20].

Pese a la claridad de este artículo, muchos de los grandes criminales de guerra trataron así de que la Corte aceptara como una justificación el hecho de haber actuado en cumplimiento de las órdenes de su superior jerárquico, en este caso Hitler. Esta tentativa no sólo fue rechazada, sino que además el Tribunal de Nuremberg se negó a tomar en consideración dicho elemento como un atenuante de la pena: "(...) [u]na idea fundamental del Estatuto es que las obligaciones internacionales impuestas a los individuos priman sobre su deber de obediencia para con el Estado del cual son ciudadanos. Quien haya violado las leyes de la guerra no puede justificar su conducta alegando la orden recibida del Estado, puesto que al impartir dicha orden el Estado ha excedido los poderes que le reconoce el derecho internacional" [21].

En esta fase, conviene recordar el gran valor que se atribuyó a los principios enunciados por el Tribunal de Nuremberg. El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad la resolución 95(I) [22], confirmando así el considerable valor de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. A solicitud de la Asamblea General de las Unidas [23], la Comisión de Derecho Internacional emprendió la codificación de los grandes principios de derecho internacional penal reconocidos por el Estatuto de Nuremberg y enunciados por el Tribunal de Nuremberg. En 1950, se formularon siete grandes principios, el cuarto de los cuales se enunciaba de la siguiente manera:

"El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción" [24].

En consecuencia, se puede advertir que el enunciado mismo del principio recuerda los términos que se utilizan cuando se trata de la defensa de coacción. Más adelante veremos que las dos nociones son con frecuencia confusas para los juristas, habida cuenta de que la defensa de coacción incluye algunas veces la defensa de órdenes superiores. Este es el caso, por ejemplo, cuando la persona que ejecuta la acción, es decir aquélla a la cual se le imparte la orden, no posee la facultad para responder positiva o negativamente a la orden en cuestión. De esta forma, el principio enunciado por la Comisión de Derecho Internacional conlleva a una confusión: en efecto, aunque el enunciado de la disposición alude al asunto de la coacción, su título habla claramente de la "orden de un Gobierno o de un superior jerárquico" [25].

Desde el establecimiento del Estatuto y el juicio de Nuremberg, la orden de un superior jerárquico se excluyó sistemáticamente en tanto que hecho justificativo [26]. Éste fue el caso de la Ley del Consejo de Control n° 10 [27] y de los tribunales que la aplicaron [28]. El caso Einsatzgruppen sigue siendo uno de los casos más conocidos: "The obedience of a soldier is not the obedience of an automaton. A soldier is a reasoning agent. He does not respond, and it is not expected to respond, like a piece of machinery. It is a fallacy of widespread

consumption that a soldier is required to do everything his superior officer order him to do"[29].

Éste fue también el caso en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio [30], la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [31], las diferentes versiones del Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad [32] y, más recientemente, en el Estatuto de los tribunales Penales Internacionales para Ruanda [33] y ex Yugoslavia, respectivamente [34]. Los trabajos preparatorios sobre la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio demuestran perfectamente el deseo explícito de excluir esta defensa [35]. Por lo que atañe a los Convenios de Ginebra de 1949 [36], ninguna de sus disposiciones alude a la defensa de las órdenes superiores. De hecho, aunque los cuatro expertos internacionales designados por el Comité Internacional de la Cruz Roja habían sometido un proyecto de artículo relativo a la orden superior [37], todo parece indicar que las delegaciones presentes en Ginebra no consideraron necesario incluir una disposición de esta naturaleza [38]. Habida cuenta de que el proyecto propuesto no fue bien recibido por todas las delegaciones, se decidió excluir la referencia a la orden superior por temor a que más adelante pudiera disminuir el número de ratificaciones [39]. Posteriormente, durante la elaboración de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, en el Protocolo I (relativo a los conflictos armados internacionales) se incluyó un artículo consagrado a la responsabilidad de los comandantes por las órdenes ilegales que pudieran impartir [40], pero los textos siguieron guardando silencio respecto del tratamiento de la orden superior. En realidad, el proyecto del CICR concerniente al Protocolo I contenía un artículo relativo a la defensa de órdenes superiores [41]:

"Nadie será castigado por negarse a obedecer una orden de su gobierno o de un superior, cuya ejecución fuese una infracción grave contra las disposiciones de los convenios o del presente Protocolo.

"2. El hecho de que un subordinado haya cometido una infracción contra los Convenios o contra el presente Protocolo no exonera de responsabilidad penal a sus superiores, si tenían conocimiento o debían tenerlo de que se cometía o iba a cometerse tal infracción y si no tomaron las medidas de su incumbencia para impedir o reprimir la infracción".

No obstante, varias delegaciones se opusieron en razón de diferentes objeciones. Algunas arguyeron que tal como estaba redactado, el artículo abría el camino a la no aplicación de las leyes nacionales [42], otras se decepcionaron por el hecho de que la defensa sólo sería aplicable en el marco de las infracciones graves [43]. Está claro que la disposición planteaba el espinoso asunto de saber hasta qué punto un subordinado puede discutir las órdenes de su superior [44]. Por otra parte, tal como lo señaló Canadá [45], algunos estimaron que la inclusión de un artículo que dispusiera la sanción de la responsabilidad de los comandantes haría evidente la adopción de una disposición relativa a la responsabilidad individual. Por último, pese a que una gran mayoría votó en favor del artículo 77, la

disposición no fue adoptada por cuanto no se logró reunir la mayoría de dos tercios, exigida para su aprobación [46]. Cabe señalar además que en el mismo proyecto de Protocolo adicional elaborado por el CICR, relativo a los conflictos armados no internacionales (Protocolo II), no se hace mención alguna a la defensa de órdenes superiores. En efecto, el artículo 9 relativo a los principios de derecho penal, sigue guardando silencio en cuanto al principio [47].

Paralelamente, el derecho interno de la mayoría de los Estados asumió la actitud inversa respecto de la defensa de órdenes superiores [48]. Así, este medio de defensa existe como tal y sólo se puede declarar culpable de crimen a un subordinado cuando sabe que la orden impartida es ilegal o cuando la orden que le da su superior es manifiestamente ilegal. Esta norma se encuentra particularmente en los códigos de disciplina militar de países como Alemania, Estados Unidos, Italia y Suiza, y la noción de responsabilidad condicional está consagrada en la jurisprudencia de los tribunales internos en materia de crímenes de guerra [49]. Sólo algunos pocos países prohíben en derecho interno el recurso a la defensa de órdenes superiores [50]. Otros Estados asumen una doble posición: permiten la defensa de órdenes superiores cuando se acusa a uno de sus nacionales, pero la rechazan cuando el acusado combate con el enemigo o invoca la ley de un país extranjero. Éste es el caso de Francia [51] y de Bélgica [52], principalmente.

La práctica jurisprudencial reciente

A tenor de estos textos, podríamos pensar que los acusados ya no invocan la defensa de órdenes superiores. Ahora bien, la realidad nos demuestra que esta defensa es, por el contrario, una de las más populares. En efecto, desde la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, se han dictado varias sentencias relativas a la defensa de órdenes superiores.

El caso Eichmann es, sin lugar a dudas, una de las decisiones más conocidas en el ámbito de la persecución de los criminales de guerra. Juzgado por la Corte del Distrito de Jerusalén, Adolf Eichmann fue acusado de haber participado en la ejecución de millones de judíos bajo el régimen nazi. Durante todo su proceso, una de las defensas más invocadas por el acusado fue la de órdenes superiores. No obstante, a la luz de la prueba presentada, la Corte declaró: "We reject absolutely the accused's version that he was nothing more than a "small cog" in the extermination machine" [53].

Más recientemente, Klaus Barbie fue sometido a la justicia francesa por los crímenes que había cometido durante la Segunda Guerra Mundial. Acusado de crimen contra la humanidad y a fin de lograr una reducción de su pena, el acusado invocó el artículo 8 del Estatuto de Nuremberg. Sin embargo, tal como lo vimos, los jueces del Tribunal de Nuremberg no aceptaron una disminución de la pena de los acusados so pretexto de que habían actuado de conformidad con la orden de un superior jerárquico; además, el Tribunal exigió la presencia de coacción moral para actuar a fin de que la pena fuese reducida. Se debe concluir entonces que hubo una interpretación errónea por parte de los abogados de Barbie respecto del

artículo 8 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Evidentemente, la defensa invocada por Barbie no fue aceptada y fue condenado a cadena perpetua [54]. El Tribunal de casación confirmó la decisión [55].

En los Estados Unidos, se rechazó la defensa de órdenes superiores [56] en dos casos relativos a las atrocidades cometidas por los soldados americanos durante la guerra de Vietnam.

En Canadá, pese a que la jurisprudencia en materia de crímenes de guerra es en extremo pobre, algunas sentencias han considerado la defensa de órdenes superiores. Una de las causas canadienses más conocidas es la relativa a los hechos sucedidos en una base militar canadiense en Somalia, en 1993. Militares canadienses que hacían parte de la misión de paz "Délivrance" fueron acusados de complicidad en casos de tortura y de negligencia en el cumplimiento de una misión o de un deber militar. Uno de los acusados, el soldado Brocklebank, invocó la defensa de órdenes superiores. La Corte juzgó que en ese caso particular no era aceptable, pues si efectivamente Brocklebank había recibido de su superior la consigna de que estaba permitido golpear a los prisioneros, esa orden era manifiestamente ilegal [57].

Pero la sentencia más célebre sigue siendo la de R. c. Finta [58] de la Corte Suprema canadiense. Lastimosamente, ella parece ser cuestionable desde muchos puntos de vista. Primero que todo, el juez Cory, en representación de la mayoría, partió del principio según el cual la organización militar está destinada a proteger la integridad física de una nación, de sus fronteras y ciudadanos. Por lo tanto, la única forma eficaz de funcionar para una organización militar es la obediencia inmediata de cada militar a las órdenes de su superior [59]. No obstante, el juez Cory admitió que a lo largo de la historia se reconoció que ese medio de defensa no podía invocarse cuando los crímenes cometidos en cumplimiento de una orden eran tan atroces, que excedían los límites del comportamiento militar aceptable y conmovían la conciencia de la sociedad. "Uno puede y debe obedecer las órdenes militares a menos que ellas sean manifiestamente ilegales. ¿Cuándo la orden de un superior es manifiestamente ilegal? Cuando está encaminada a ofender la conciencia de toda persona justa y sensata. Cuando es clara y manifiestamente censurable. La orden no puede ubicarse en una zona gris o ser equívoca simplemente; al contrario, debe ser manifiesta y claramente censurable" [60].

Esto quiere decir entonces que la mayor parte de los jueces de la Corte Suprema opinaba, en 1994, que la defensa de órdenes superiores constituía, en ciertas circunstancias, un medio de defensa aceptable. En el caso particular de Finta, parece ser que los jueces de la Corte Suprema aceptaron la defensa de órdenes superiores [61]. ¿Se debe deducir de ello que a los ojos de la Corte Suprema de Canadá no es manifiestamente ilegal y censurable la orden de amontonar de manera sistemática e indiscriminada a todos los judíos de una región, los civiles en este caso, en el interior de los vagones insalubres, en condiciones inhumanas, después de haberlos despojado de sus pertenencias para llevarlos hacia los

campos de concentración? Asimismo, el recurso al principio del buen funcionamiento del ejército y de la necesidad militar pudo ser efectivo en el siglo XIX [62], pero parece ser completamente opuesto al derecho existente a partir de la mitad del siglo XX. El siguiente es el concepto de un autor respecto de la opinión de la Corte Suprema frente a la sentencia de Finta: "The futility of the exercise was glaringly apparent in the R. v. Finta case (1994), where the trial left convoluted issues of intent to commit war crimes and obedience to superior orders to a jury to interpret. After the accuse's acquittal, the Supreme Court of Canada upheld this approach, which, for all practical purpose, made it impossible to prosecute war crimes in Canada" [63].

Órdenes superiores y coacción: una confusión que se mantiene

Tal como se mencionó anteriormente, los juristas confunden regularmente la defensa de órdenes superiores con otras defensas del derecho internacional penal. No obstante, se puede afirmar que la defensa con la cual más se confunde la orden superior es con la de la coacción. Sin embargo, existe una clara diferencia entre las dos defensas, en presencia o en ausencia de elección moral. Tomemos el ejemplo de un militar que recibe la orden de hacer explotar una bomba al interior de un hospital. Moralmente, él no está en la obligación de ejecutar la orden y siempre será decisión suya acatarla o no. Pero la situación es diferente si el militar en cuestión ejecuta la orden para evitar poner en riesgo su vida o sufrir graves consecuencias. Éste será, por consiguiente, un caso de coacción y no una situación en la que un militar simplemente ha reaccionado a la orden de su superior. En el primer caso, el militar tenía la intención de cometer el crimen, en el segundo caso, no necesariamente existía la mens rea.

Podríamos pensar que la defensa de coacción permitiría la exoneración del militar. Sin embargo, no sólo no es así, sino que además es allí donde reside la confusión que tienen los juristas entre la orden superior y la coacción. Con mayor precisión, se puede establecer que la práctica, mucho más que el ejercicio de normatividad, exige una coacción para justificar una defensa de órdenes superiores. Según la Comisión de Derecho Internacional, la ausencia de elección moral es susceptible de permitir una disminución de la pena, cuando un individuo invoca la defensa de órdenes superiores. Esto quiere decir entonces que la defensa de órdenes superiores no acompañada de una situación de coacción no implicará automáticamente una sanción menor:

"No obstante, la simple existencia de órdenes de un superior jerárquico no se traducirá automáticamente en la imposición de una sanción menor. El subordinado sólo puede ser objeto de una sanción menor en caso de que la orden del superior jerárquico reduzca efectivamente el grado de culpabilidad. (...) El hecho de haber cometido el crimen contra su voluntad a fin de evitar que la no ejecución de la orden recibida produjese, en las circunstancias del momento, graves consecuencias para él mismo o para sus allegados, podrá justificar, si se tiene en cuenta el menor grado de culpabilidad, una reducción de la sanción que de otra forma le sería impuesta" [64].

La existencia de la confusión entre las dos defensas es, por consiguiente, evidente. Inclusive, durante debates concernientes a la defensa de órdenes superiores, los juristas exigen una coacción moral sobre el acusado para otorgarle el beneficio de una reducción de pena. El Tribunal de Nuremberg también exigió la ausencia de elección moral para que la defensa de órdenes superiores fuese admitida [65]. Recordemos aquí el comentario hecho anteriormente a propósito del cuarto principio enunciado por la Comisión de Derecho Internacional: la orden superior sigue siendo inadmisibles, a menos que el autor del crimen no tenga la facultad moral de elegir si ejecuta la orden. En 1948, el tribunal americano, instituido en virtud de la Ley del Consejo de Control n° 10, seguía la ola y, en consecuencia, contribuía a mantener la confusión entre la defensa de órdenes superiores y la defensa de coacción: "But were any of the defendants coerced into killing Jews under the threats of being killed themselves if they failed in their homicidal mission? The test to be applied is whether the subordinate acted under coercion or whether he himself approved of the principle involved in the order" [66].

Más recientemente, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia emitió una sentencia en la cual los jueces confirmaban la posición adoptada por el Tribunal de Nuremberg y la Comisión de Derecho Internacional: el caso Erdemovic [67]. El Tribunal señaló la exigencia de una presencia de coacción o de un estado de necesidad para apoyar una defensa de órdenes superiores [68]. No obstante, el Tribunal juzgó necesario especificar que la orden en cuestión debía haberse impartido con el fin de influenciar el grado de mens rea: "Si la orden no tuvo ninguna influencia en la conducta ilegal, puesto que el acusado se encontraba ya dispuesto a ejecutarla, no existe entonces circunstancia atenuante que se pueda argumentar" [69]

Por consiguiente, parece ineludible concluir la inexistencia pura y simple de la defensa de órdenes superiores a título independiente, ya sea como hecho justificativo o como circunstancia atenuante, pues en la práctica siempre se demostró que para admitir la defensa de órdenes superiores se requería como elemento de acompañamiento una defensa de coacción. La defensa de órdenes superiores no existe simplemente como defensa. Tan sólo sirve de apoyo a otra defensa como la de coacción.

El derecho "nuevo"

En julio de 1998, se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional [70]. El título del artículo 33 es "órdenes superiores y disposiciones legales". Pese a que la comunidad internacional adoptó esta disposición por consenso, ella sigue siendo objeto de críticas por diferentes razones. Primero que todo, porque sus redactores no juzgaron conveniente seguir la regla sólidamente establecida, tanto por los tratados como por la costumbre internacional, según la cual la defensa de órdenes superiores no puede por sí sola servir como hecho justificativo para exonerar a una persona declarada culpable, pero sobre todo porque el enunciado mismo de la

disposición es confuso, impreciso y podría conducir a resultados insensatos [71]. Veamos la disposición en cuestión:

Artículo 33

1. Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximida de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiere que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas."

Antes de estudiar cada uno de los párrafos de manera individual, cabe señalar que las versiones anteriores del Estatuto de Roma diferían de la versión que ahora conocemos. Ellas eran menos detalladas y se limitaban a enunciar que la defensa de órdenes superiores sólo era aceptable cuando la orden impartida no era manifiestamente ilegal [72]. En efecto, fue sobre la base de las propuestas de Francia y de Canadá que se adoptó la versión que hoy conocemos [73], y que sólo se logró luego de largos debates y de una reunión informal dirigida por las delegaciones americana y canadiense [74]. El artículo 33 constituye entonces un compromiso real entre dos tesis vigorosamente defendidas. La delegación americana, y más particularmente el Profesor Theodor Meron, trató de convencer a las otras delegaciones de la existencia de la defensa de órdenes superiores. Al contrario, el Reino Unido, Alemania y Nueva Zelanda afirmaron que la defensa como tal no existía, pero que podía servir para apoyar una defensa de coacción, de error de hecho o de derecho [75]. Esta última manera de concebir la orden superior, tal como lo demostramos anteriormente, correspondería más a la realidad actual. Pero, como es de nuestro conocimiento, el Estatuto de Roma se adoptó por consenso y este ejercicio exigía el compromiso... Los Estados Unidos no querían en absoluto que la responsabilidad criminal de sus soldados en combate pudiera verse comprometida por obedecer una orden a la cual habrían obedecido sistemáticamente en el fuego de la acción.

Esta preocupación era menor por lo que atañe al genocidio y al crimen contra la humanidad, puesto que estos crímenes suponen una preparación activa que implica a las autoridades superiores y no son susceptibles de ser la consecuencia de un simple error de juicio. Fue así como por vez primera se contempló de manera explícita que la orden de cometer un genocidio y un crimen contra la humanidad constituye una orden manifiestamente ilegal. Este segundo apartado representa ciertamente un complemento positivo para el artículo 33 del Estatuto.

Sin embargo, es susceptible de plantear problemas de aplicación, pues la persona implicada en un genocidio o en un crimen contra la humanidad no recibe por lo general la orden específica de cometer un crimen tal, sino más bien la orden de ejecutar una acción precisa que, en sí misma, no reúne los elementos constitutivos de estas infracciones.

Numerosos comentadores afirman que el segundo apartado del artículo 33 vela por que las personas acusadas de crimen contra la humanidad o de genocidio queden automáticamente privadas de este medio de defensa [76]. Ahora bien, esto no es lo que la disposición indica.

Es el contenido de la orden el que conlleva a la inadmisibilidad del medio de defensa y no la naturaleza de la acusación. En consecuencia, pese al apartado 2 del artículo 33, numerosas personas que hayan participado en la comisión de un crimen contra la humanidad o de un genocidio podrán seguir invocando la defensa de órdenes superiores. Por ejemplo, en el marco de un genocidio, un acusado que, tras recibir la orden de cometerlo, impida a la gente salir de un sitio esperando que otra persona prenda fuego al lugar no habrá recibido la orden de cometer un genocidio y podrá, en principio, invocar la defensa de órdenes superiores aunque haya participado en la comisión de un genocidio.

Pero volviendo más exactamente al primer apartado del artículo 33, podremos observar que tal como se encuentra redactado, hubiera podido justificar numerosas acciones cometidas bajo el régimen nazi. Se trata además del tipo de argumento que se había expuesto durante el proceso instaurado contra jueces alemanes. Éstos alegaban haber actuado de conformidad con la ley de su país. Ahora bien, el Tribunal no había admitido este argumento: "The argument that such common planning cannot exist where there is complete dictatorship is unsound. A plan in the execution of which a number of persons participate is still a plan, even though conceived by only one of them; and those who execute the plan do not avoid responsibility by showing that they acted under the direction of the man who conceived it" [77].

Por otra parte, un ejemplo que ilustra bien el caso es el de antiguos miembros de la guardia este alemana apostados en la frontera que separaba la República Democrática Alemana de la República Federal de Alemania. Antes de la caída del muro de Berlín, estos últimos debían dar cumplimiento a una directiva según la cual toda persona que intentara cruzar la frontera debía ser ejecutada. En noviembre de 1992, cierto número de guardias fueron juzgados; todos los acusados presentaron una defensa de órdenes superiores. La Corte Suprema de Alemania denegó la defensa aduciendo que no todo lo legal era necesariamente admisible [78]. ¿Habrían llegado a la misma conclusión los jueces si hubiesen tenido que aplicar el artículo 33 del Estatuto de Roma?

Según el profesor Cherif Bassiouni, el artículo 33 del Estatuto de Roma presenta dos problemas en particular [79]. En su concepto, a nivel del procedimiento y desde el punto de vista de la presentación de la prueba, existe un problema de

dualidad en el sentido que, según lo dispuesto en el numeral 1 b) del segundo apartado, se debe comprobar que el acusado ignoraba que la orden era manifiestamente ilegal pues, como sabemos, la violencia sigue siendo una cuestión de apreciación individual, mientras que el numeral 1 c) del apartado 3 exige un examen objetivo, es decir, la legalidad del acto en cuestión. Igualmente, ¿dónde se debe colocar la carga de la prueba? Cuando la defensa invoca la ignorancia o incluso la ausencia de mens rea, la parte acusadora debe deberá comprobar entonces que el acusado sabía que la orden era ilegal, puesto que una prueba como ésta sigue siendo uno de los elementos del crimen. Según Bassiouni, esto aumenta considerablemente la carga de la parte acusadora. En segunda instancia, este problema se aplica también al segundo apartado del artículo 33. En efecto, ¿será necesario que la parte acusadora pruebe primero que sí se impartió la orden de cometer un genocidio o un crimen contra la humanidad y que luego la defensa la refute? ¿Se tratará de una cuestión puramente jurídica o quizá de una cuestión mixta de derecho y de hechos?

Otros autores no comparten este punto de vista y señalan que el artículo 33 está redactado de tal forma que la carga de demostrar que este medio de defensa es admisible, recae sistemáticamente sobre el acusado [80]. Según ellos, primero se declara inadmisibile la defensa de órdenes superiores y el acusado debe demostrar que su caso está cubierto por la excepción, en especial que la orden impartida no era manifiestamente ilegal.

Por consiguiente, resulta evidente que el artículo 33 está destinado a pasar por una etapa de interpretación, tanto a nivel de los criterios subjetivos como del procedimiento y del modo de prueba que se han de adoptar. Se trata de un artículo de difícil interpretación, en especial si se compara con los otros artículos del Estatuto [81]. Los jueces de la futura Corte Penal Internacional tendrán que hacer un arduo trabajo si desean tratar de conciliar el derecho existente con el enunciado del artículo 33 pues, como ya lo vimos, además de ser mucho más complejo que otras disposiciones del Estatuto de los tribunales penales internacionales, e incluso del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, el Estatuto de Roma ha creado un derecho nuevo. Por otra parte, los jueces vacilarán, sin duda alguna, en interpretar de manera restrictiva una disposición que potencialmente concede un medio de defensa a una persona acusada de un crimen ampliamente estigmatizado. Considerando que al artículo 33 se le deberá atribuir un efecto útil y que los redactores del Estatuto no hablaron por hablar, tarde o temprano la defensa de órdenes superiores terminará gozando de gran aceptación. Beneficioso habría resultado que el artículo se limitase a retomar la definición habitual o que por lo menos hubiese sido más preciso. Pero todo este misterio reside quizá, como lo piensa Per Saland, en el hecho de que tras los interminables debates sobre la legítima defensa, las delegaciones no tenían la energía para retomar un tema tan candente como el de la orden superior [82].

Observaciones finales

El constante rechazo a la codificación de la defensa de órdenes superiores y a la definición de sus parámetros de aplicación continúa vigente. Si bien es cierto que se han elaborado algunas normas para circunscribir la utilización de la defensa, se siguen presentando aún muchos problemas y cada caso es un caso especial. En efecto, son varios los aspectos de la defensa que requieren una mayor precisión, como por ejemplo, saber hasta qué punto un subordinado puede negarse a ejecutar la orden [83], o incluso qué tipo de órdenes pueden considerarse manifiestamente ilegales. Todo esto puede parecer muy fácil, pero lo importante es no olvidar que se trata, entre otras cosas, de criterios subjetivos, de una apreciación personal propia de cada individuo, influenciado por sus principios morales, sus convicciones religiosas, su pasado y su historia propios. El concepto del buen padre de familia no es el mismo para todos.

En 1994, Lauterpacht decía que la defensa de órdenes superiores constituía una de las defensas más complejas, tanto a nivel del derecho interno como del derecho internacional. Y tenía toda la razón. Prueba de ello es que cincuenta y cinco años más tarde no sólo no existe una definición consuetudinaria, sino que los juristas se encuentran más confundidos que nunca. Desde el proceso de Nuremberg, en cambio de seguir una norma bien elaborada, el mundo jurídico ha tratado de restablecer una defensa que pese a todo había sido expresamente rechazada. Más aún, al examinar de cerca la jurisprudencia, la doctrina y los textos internacionales, se debe reconocer que en realidad la defensa de órdenes superiores se asimila siempre a una defensa de coacción, de necesidad militar, de error de derecho o incluso de error de hecho. Como bien lo resume Cheriff Bassiouni, independientemente de que la defensa de órdenes superiores se conciba como medio de exoneración o como motivo atenuante de la pena, es necesario comprobar la ausencia de elección moral de ejecutar o no la orden impartida [84].

Esta constatación nos lleva a pensar que si bien la defensa de órdenes superiores sigue suscitando candentes discusiones en los medios jurídicos y militares, como tal ya no existe de manera independiente. Ciertamente se sigue invocando con frecuencia, pero los jueces exigen que se presente otra defensa que pueda apoyarla. Por consiguiente, ella sirve más como un hecho, como un elemento de prueba a fin de establecer la existencia, por ejemplo, de una situación de coacción moral. Pero se mantiene al mismo tiempo la excepción del nuevo Estatuto de Roma, que parece atribuir una existencia autónoma a la defensa de órdenes superiores. Falta ver en qué medida y bajo qué condiciones los jueces de la futura Corte Penal admitirán la defensa tal como la contempla artículo 33 del Estatuto. Quizá sea ésta por fin la ocasión para establecer un marco claro y preciso de una defensa cuya utilización e interpretación siguen siendo inconstantes.

Geneviève Dufour es la encargada de cursos para el concurso Jean-Pictet en la Universidad de Quebec, en Montreal, e investigadora de la Association internationale des Avocats de la Défense. La autora desea manifestar sus agradecimientos al Profesor William A. Schabas, a la Sra. Alexandre Morin y a Julia Friedland por su ayuda y consejos.

Notas

Algunas de las citas y referencias de este artículo de la Revista tienen una traducción oficial al español de la que no disponemos, razón por la cual hemos optado por traducirlas para beneficio del lector hispanohablante. Cuando no disponemos de la traducción oficial, mantenemos el título y la paginación de la versión en el idioma original, la cual, obviamente, no corresponderá a la del español." [Nota del traductor]

1. "Dada la complejidad del problema, no hay una respuesta sencilla.", M. Aubert, "La cuestión de las órdenes superiores y la responsabilidad de los jefes en el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) del 8 de junio de 1977», separata de la RICR, n° 86, marzo-abril de 1988, pp. 109.
2. A.M. Larosa, Dictionnaire de droit international pénal, PUF, Paris, 1998, p. 79.
3. T. Hobbes, Elements Philosophica De Cive, cap. 12, párr. 1 y 2, citado en C. Bassiouni, Crimes Against Humanity in International Law, 2ª ed., Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 1999, p. 454.
4. *Ibíd*, p. 455.
5. R.K. Woetzel, The Nuremberg Trials in International Law, Stevens & Sons, Londres, 1962, pp. 19-20.
6. G. Schwarzenberger, International Law as Applied by International Courts and Tribunal: The Law of conflict, vol. II, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1968, p. 466.
7. H. McCoubrey, International Humanitarian Law: Modern developments in the limitation of warfare, 2ª ed., Brookfield, Ashgate, 1998, p. 219.
8. 84 Eng. Rep. 1060 (1660).
9. Little c. Barrone, 1 U.S. (2 Cranch) 465, 467 (1804).
10. États-Unis c. Bright, 24 F Cas. 1232 (C.C.D. Pa. 1909) (n° 14647).
11. États-Unis c. Bevans, 24 F Cas. 1138 (C.C. D. Mass. 1816) (n° 14589).
12. Martin c. Mott, Corte Suprema de los Estados Unidos, (1827) 12 Wheaton 28. Opinión del juez Story. "(...) [une] obéissance rapide et prompte aux ordres est indispensable pour atteindre complètement cet objectif. Le service est un service militaire, et le commandement est de nature militaire; et dans ce cas, tout retard et tout obstacle à une exécution efficace et immédiate tend nécessairement à mettre

en péril l'intérêt public. Pendant que les officier subalternes et les soldats s'arrêtent à considérer s'ils sont tenus d'obéir ou à peser scrupuleusement les faits en vertu desquels leur commandant en chef exerce son droit d'exiger des services, l'ennemi peut réussir une opération sans qu'il y ait moyen de résister".

13. Wirz Trial, H. R. Exec. doc. n° 23, 40e Cong. 2e Sess., 764; Riggs c. State, 3 Coldwell 85, 91 Am Dec. 272 (1866); Mitchell c. Harmony, 13 How. 115, 137 (1851); Regina c. Smith, 17 S.C. 561 (Cape of Good Hope, 1900). Para un ejemplo europeo, véase William Buchanan, (1813) 2 Reports of Certain Remarkable Trials 3, 58 (The Case of Ensign Maxwell).

14. Empire c. Dithmar and Boldt (Hospital ship "Llandovery Castle"), (1921) 2 ILR 437, 16 A.J.I.L. 708 German War Trial, Reports of Proceedings before the Supreme Court in Leipzig, CMD. 1450, Londres, H.M.S.O., 1921, pp. 56-57.

15. Ibid, p. 722.

16. Empire c. Neumann (Hospital ship "Dover Castle"), 16 AJIL 704.

17. H. Arendt, Eichmann à Jérusalem: Rapport sur la banalité du mal, Galimard, Paris, 1991.

18. Ibid, p. 90.

19. Treaty in relation to the Use of Submarines and Noxious Gases in Warfare, 6 de febrero de 1922, 25 L.N.T.S. 202, 16 AJIL 57 (Supp. Official Docs., 1922).

20. Acuerdo concerniente a la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del eje, RTNU, vol. 82, p. 279, art. 8 (en adelante "Estatuto de Nuremberg").

21. Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre-1er octobre 1946, Tome 1, Jugement, pp. 235, 236. "(...) [u]ne idée fondamentale du Statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants. Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu du moment que l'État en donnant ce mandat a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international".

22. Res. AG ONU 95(I) (1946). Para el texto de los principios, véase Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985, vol II (segunda parte), pp. 8 y 12, doc. A/40/10, párr. 18 y 45, o Larosa, op. cit. (nota 2), p. 68.

23. Res. A.G. ONU 177 (II) (1947).

24. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1950, vol. II, pp. 374-378.

25. Todo parece indicar que esta confusión proviene del juicio de Nuremberg, inclusive por cuanto los jueces habían decidido que la defensa podría ser admitida cuando el acusado no tuviera elección moral.

26. Veremos que el Estatuto de Roma en algo modifica este tema.

27. Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, 20 de diciembre de 1945. Diario Oficial del Consejo de Control para Alemania, pp. 55 y ss. art. II. 4 b.

28. États-Unis c. von Leeb ("German High Command Trial"), 1949 11 T.W.C. 1 (Tribunal Militar Americano); États-Unis c. Ohlendorf et al. ("Einsatzgruppen Trial"), (1948) 4 LRTWC. 470 (Tribunal Militar Americano).

29. États-Unis c. Ohlendorf et al., *ibíd.*

30. Statut du Tribunal militaire international de l'Extrême-Orient, reproducido en francés en S. Glase, *Droit international pénal conventionnel*, vol. 1, Bruylant, Bruselas, 1970, pp. 25-230, art. 6.

31. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Res. AG ONU, A/39/51 (1984), art. 2, párr. 3.

32. Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1954, vol. II, Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 51a sesión (6 de mayo - 26 de julio de 1996), Doc. of. sup. n° 10 (A/51/10), pp. 33-37, art. 5.

33. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Consejo de Seguridad, Res. 955, 8 de noviembre de 1994, art. 6, párr. 3.

34. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, Consejo de Seguridad, Doc. S/25704, 3 de mayo de 1993, art. 7, párr. 4.

35. W. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000 (en prensa).

36. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

37. J.S. Pictet (ed.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, tome 1, CICR, Genève, 1952, p. 402.

38 .A este efecto, véase Aubert, op. cit. (nota 1).

39 Bassiouni, op. cit. (nota 3), p. 478.

40. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, art. 87.

41. Actas de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra, 1974-1977, vol. I, p. 25, art. 77, p. 25.

42. *Ibid.*, vol. VI, p. 310 (República Árabe Siria); p. 332 (España).

43. Véase p. ej. *ibid.*, p. 309 (Reino Unido); p. 310 (México); p. 332 (Estados Unidos).

44. Este fue uno de los argumentos presentados, entre otros, por Argentina, *ibid.*, p. 329.

45. *Ibid.*, p. 330.

46. *Ibid.*, p. 310. Hubo 36 votos a favor, 25 en contra y 25 abstenciones.

47. Actas, loc. cit. (nota 41), vol. 1, p. 36.

48. L.C. Green, *Superior orders in national and international law*, Sijthoff, Leyden, 1976. El autor examina la situación de 26 países representantes de la comunidad internacional.

49. P. Gaeta, "The defense of superior order: The Statute of the International Criminal Court versus customary international law", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 177.

50. Argentina, Austria, Irán, Rumania y el Reino Unido. Para obtener una visión global del asunto, véase *Revue de droit pénal militaire*, vol. 10, 1971, p. 87; D.J. Hancock, "A South African approach to the defense of superior orders in international criminal law", *Responsa Meridiana*, vol. 2, 1972, p. 188, y *Collection of the National Reports related to the First Part of the Questionnaire on Investigation and Prosecution of Violations of the Laws of Armed Conflicts*, XIVth International Congress of the International Society for Military Law and the Laws of War (Athens, 10-15 May 1977).

51. Ordonnance du 28 août 1944 relative aux crimes de guerre ennemis, *Journal officiel de la République française*, 30 août 1944, p. 780.

52. Compétence des juridictions militaires en matière de crime de guerre, *Moniteur belge*, 26 y 27 de julio de 1947, p. 6304, art. 3.

53. A.G. Israël c. Eichmann, *ILR*, vol. 36, 1968, p. 18.

54. Barbie, décision du 8 juillet 1983, *J.D.I.*, 1983, p. 791.

55. Barbie, Cour de cassation, décision du 6 octobre 1983, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 88, 1984, p. 507.

56. États-Unis c. Schultz, 39 M.R. 133, 136 (1966, Corte Marcial); États-Unis c. First Lieutenant William L. Calley, Jr. (1971), 46 C.M.R. 1131 (1973), *aff'd* 22 U.S.C.M.A. 534, 48 C.M.R. 19 (1973). Para mayores detalles, véase Bassiouni, *op. cit.* (nota 3), p. 476.

57. The Queen c. Private D.J. Brocklebank, *CMAC*. 383, Cour d'appel de la Cour martiale du Canada, jugement rendu par les juges Décary y Strayer, 2 avril de 1996, pp. 12-13.

58. R. c. Finta (1994), 1 R.C.S. 701.

59. *Ibid.*, p. 827.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*, pp. 833-834. En efecto, la sentencia presenta numerosos principios de derecho, pero sigue siendo imposible determinar cuáles fueron las razones específicas o en virtud de que defensa Finta fue declarado no culpable.

62. Martin c. Mott, Corte Suprema de los Estados Unidos, (1927) 12 Wheaton 28.

63. P. Brode, *Casual Slaughters and the Accidental Judgements, Canadian War Crimes Prosecutions 1944-1948*, Osgoode Society for Canadian Legal History, Toronto, 1997, p. 227.

64. *Op. cit.* (nota 32), p. 50.

65. Tribunal de Nuremberg, *op. cit.* (nota 21), p. 466. Véase además Schabas, *supra* nota 35.

66. États-Unis c. Ohlendorf et al. ("Einsatzgruppen Trial"), (1948) 4 LRTWC, 470 (Tribunal Militar Americano).

67. TPIY, Le procureur c. Erdemovic (IT-96-22-T), Jugement portant condamnation, 29 novembre 1996.

68. *Ibid.*, párr. 19.

69. *Ibíd.*, párr. 53.

70. Estatuto de la Corte Penal Internacional, Doc. ONU A/CONF.183/9.

71. Para una opinión contraria, véase C. Garraway, "Superior order and the International Criminal Court: justice delivered or denied", *RICR*, vol. 836, diciembre de 1999, p. 785.

72. El proyecto de Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional no contenía ninguna disposición respecto de la defensa de órdenes superiores, puesto que entonces se hacía hincapié en la aplicación del Estatuto y en la competencia de la Corte. El Comité ad hoc de 1955 no trató esta cuestión, y se limitó únicamente a mencionarla dentro de la lista de las posibles excusas que podían hacer parte del Estatuto. Véase Informe del Comité ad hoc sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, N.U., GAOR, 50a sesión, Sup. n°22, doc. ONU A/50/22, Anexo II, p. 59. Esta cuestión se debatió ampliamente ante el Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Véase documento ONU, GAOR, 50a sesión, Sup. n°22, A/50/22 (1996), vol. II, art. Q, y doc. ONU A/AC.249/1997/L9/Rev.1 (1997), art. M. El proyecto final del Estatuto presentado a la Conferencia de Roma indicaba finalmente que la defensa de órdenes superiores no podía exonerar a una persona de su responsabilidad criminal, salvo si la orden impartida no era manifiestamente ilegal, doc. ONU A/CONF/183/2/Ad.1.

73. PrepCom Report, vol. II, propositions 1 et 2, article O, pp. 102 et 103.

74. Para mayores detalles relativos a las negociaciones, véase P. Saland, "International criminal law principles", R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 1999, p. 210.

75. Kai Ambos, "General principles of criminal law in the Rome Statute", *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, p. 30.

76. Véase particularmente O. Triffterer, "Superior orders and prescription of law", O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 581; P. Gaeta, *op. cit.* (nota 49), pp. 189-190.

77. Procés des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, octobre 1946-avril 1949, tome 3, p. 1199 (opinión separée du juge Mallory B. Blair). Señalemos que el juez Blair se refiere aquí a los propósitos de la sentencia del Tribunal de Nuremberg, tomo 1, p. 226.

78. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, vol. 39, p. 16.

79. Bassiouni, *op. cit.* (nota 3), p. 481.

80. Triffterer, op. cit. (nota 76), p. 581. Sin embargo, este autor señala que el conocimiento del carácter ilegal del acto debe demostrarse y que en caso de duda, debe presumirse que el acusado no conocía la ilegalidad del acto. Véase también Gaeta, op. cit. (nota 49), p. 190.

81. Véase, entre otros, el artículo 67 que no permite inversión de la carga de la prueba.

82. Saland, op. cit. (nota 74), p. 212.

83. Los jueces de la Corte Federal de Canadá juzgaron que el temor de recibir una pena de prisión de veinte años no justificaba una obediencia a la orden de un superior cuando la orden consistía en matar personas civiles. Ivan Cibaric c. le ministre de la citoyenneté et de l'immigration, Cour Fédérale, IMM-1078-95, sentencia del 18 de diciembre de 1995, pronunciada por el juez Marc Noël, p.14. En otra sentencia canadiense, los jueces aceptaron la defensa de órdenes superiores, puesto que el individuo en cuestión había sufrido castigos corporales, como choques eléctricos, y se le había privado de agua y de alimentación durante varios días. Señalemos, no obstante, que los jueces también tuvieron en cuenta que el militar desertó a la primera oportunidad. Por lo tanto, nos encontramos, una vez más, ante el ejemplo de una defensa de órdenes superiores en la cual el individuo fue objeto de una grave coacción: V. (C.I.) (Re) (1991) D.S.S.R.n. 461, sentencia pronunciada por los jueces F. Mortazavi y G.T. Lang el 18 de octubre de 1991, pp. 11, 12.

84. Bassiouni, op. cit. (nota 3), p. 458.