PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/398*

Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial

[Original: francés]
[11 de marzo de 1986]

ÍNDICE

	Párrafos	*Página*
INTRODUCCIÓN	1	57
PARTE I.—CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD	2-67	57
A. Los crímenes contra la humanidad antes del proyecto de código de 1954	3-27	57
1. El sentido de la palabra «humanidad»	12-15	58
2. Sentido de la palabra «crimen» en la expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad»	16-19	59
3. El contenido del crimen contra la humanidad	20-27	59
B. El crimen contra la humanidad en el proyecto de código de 1954	28-65	60
1. El genocidio	29-59	60
a) El objetivo del genocidio	30	60
b) El número de víctimas	31-51	60
c) Beligerancia	52-59	62
2. *Actos inhumanos*	60-63	63
3. *Apartheid*	64-65	63
C. Atentados graves contra el medio humano	66-67	63
PARTE II.—CRÍMENES DE GUERRA	68-88	64
A. Problemas de terminología	69-76	64
B. Problemas de fondo: crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad	77-80	65
C. Problemas de método	81-88	65
PARTE III.—OTRAS INFRACCIONES	89-145	66
A. La complicidad	92-117	66
1. La complicidad en el derecho interno	93-99	66
a) Contenido restringido	93-96	66
b) Contenido ampliado	97-99	67
2. La complicidad en el derecho internacional	100-117	67
a) Contenido restringido	101-105	67
b) Contenido ampliado	106-117	68
i) La complicidad del superior jerárquico	106-112	68
ii) Complicidad y ocultamiento de bienes	113-114	68
iii) La complicidad y la calidad de miembro de un grupo o de una organización	115-117	69
B. Los límites de la complicidad ampliada: el complot y la *conspiracy*	118-131	69
C. La tentativa	132-145	71
1. Contenido en derecho interno	133-141	71
2. Contenido en derecho internacional	142-145	72

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/398/Corr.1 a 3.

	Párrafos	*Página*
PARTE IV.—PRINCIPIOS GENERALES	146-259	73
A. Principios relativos a la naturaleza jurídica de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad	147	73
B. Principios relativos al delincuente internacional	148-149	73
1. El delincuente sujeto de derecho internacional	148	73
2. El delincuente como persona	149	73
C. Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el tiempo	150-172	73
1. La irretroactividad de la ley penal	151-163	73
a) Contenido de la norma	151-157	73
b) El principio *nullum crimen sin lege* y el proceso de Nuremberg	158-161	74
i) El principio fue violado	159	74
ii) El principio fue respetado	160-161	74
c) La irretroactividad y el derecho contemporáneo	162-163	75
2. La imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad	164-172	75
D. Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio	173-176	75
E. Principios relativos a la determinación y al alcance de la responsabilidad	177-258	76
1. Consideraciones generales	177-184	76
2. Las excepciones a la responsabilidad penal	185-253	77
a) La coacción	191-193	78
b) El estado de necesidad y la fuerza mayor	194-201	78
c) El error	202-216	79
i) El error de derecho	204-211	79
a. La legalidad interna	205	79
b. La licitud del acto en el derecho internacional	206-211	79
ii) El error de hecho	212-216	80
d) El cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico	217-234	80
i) La orden y la coacción	218-226	80
ii) La orden y el error	227-234	81
e) El carácter público del autor	235-240	82
f) Represalias y legítima defensa	241-253	83
i) Las represalias	241-250	83
ii) La legítima defensa	251-253	84
3. Resumen	254	84
4. Circunstancias eximentes y atenuantes	255-258	84
F. Conclusión	259	85
PARTE V.—PROYECTO DE ARTÍCULOS	260-261	85
CAPÍTULO I.—INTRODUCCIÓN		
Título 1.—Definición y tipificación		
Artículo 1.—Definición		85
Artículo 2.—Tipificación		85
Título II.—Principios generales		
Artículo 3.—Responsabilidad y sanción		85
Artículo 4.—Infracción universal		85
Artículo 5.—Imprescriptibilidad		86
Artículo 6.—Garantías jurisdiccionales		86
Artículo 7.—Irretroactividad		86
Artículo 8.—Excepciones al principio de la responsabilidad		86
Artículo 9.—Responsabilidad del superior jerárquico		86
Comentario a los artículos 1 a 9		86
CAPÍTULO II.—CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD		
Artículo 10.—Categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad		86
Título I.—Crímenes contra la paz		
Artículo 11.—Actos constitutivos de crímenes contra la paz		86
Párrafo 1 [agresión]		86
Comentario		87
Párrafo 2 [amenaza de agresión]		87
Párrafo 3 [intervención]		87
Comentario		87
Párrafo 4 [terrorismo]		87
Comentario		88
Párrafo 5 [violación de tratados relativos al mantenimiento de la paz]		88

Página

Párrafo 6 [violación de tratados que prohíben el emplazamiento a los ensayos de armas] 88
Comentario 88
Párrafo 7 [dominación colonial] 88
Párrafo 8 [mercenarios] 88
Comentario 88
Título II.—Crímenes contra la humanidad
Artículo 12.—Actos constitutivos de crímenes contra la humanidad 88
Párrafo 1 [genocidio] 88
Comentario 88
Párrafo 2 [*apartheid*]
Primera variante 88
Segunda variante 88
Comentario 89
Párrafo 3 [actos inhumanos] 89
Párrafo 4 [medio humano] 89
Título III.—Crímenes de guerra
Artículo 13.—Definición de crimen de guerra
Primera variante 89
Segunda variante 89
Comentario 89
Título IV.—Otras infracciones
Artículo 14
A. [conspiración]
Primera variante 89
Segunda variante 89
Comentario 89
B. [complicidad] 89
Comentario 90
C. [tentativa] 90
Comentario 90

Introducción

1. El presente informe está consagrado a los crímenes contra la humanidad, a los crímenes de guerra, a otras infracciones, al estudio de los principios generales y al proyecto de artículos. Por lo tanto, consta de cinco partes:

Parte I: Crímenes contra la humanidad;
Parte II: Crímenes de guerra;
Parte III: Otras infracciones;
Parte IV: Principios generales;
Parte V: Proyecto de artículos.

Parte I

Crímenes contra la humanidad

2. Se examinarán los crímenes contra la humanidad antes del proyecto de código de 1954, y posteriormente los crímenes de lesa humanidad en el proyecto de código de 1954[1].

A.—Los crímenes contra la humanidad antes del proyecto de código de 1954

3. La expresión «crimen contra la humanidad» data del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 por el que se creó el Tribunal Militar Internacional[2]. Se puso de manifiesto, durante los trabajos preparatorios, que determinados crímenes cometidos durante la segunda

[1] Aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.° 9* (A/2693 y Corr.1), pág. 11, párr. 54]; texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 8, párr. 18.

[2] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 279.

guerra mundial no eran crímenes de guerra propiamente dichos. Se trataba de crímenes en que las víctimas tenían la misma nacionalidad que los agentes, o la nacionalidad de un Estado aliado.

4. Estos crímenes se inspiraron en otros motivos. Ya en marzo de 1944, el representante de los Estados Unidos de América ante el Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra propuso que los crímenes perpetrados contra personas apátridas, o contra toda otra persona por motivo de su raza o de su religión, se declararan «crímenes contra la humanidad». A su juicio, se trataba de crímenes contra los fundamentos mismos de la civilización, prescindiendo del lugar y de la fecha en que se perpetraran[3].

5. La tipificación de los crímenes de lesa humanidad, en su calidad de infracciones distintas de los crímenes de guerra, se incluyó así en el estatuto del Tribunal Militar Internacional[4] (art. 6, apartado *c*), posteriormente en la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado[5] (art. II, párr. 1, apartado *c*) y por último en el estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente[6] (art. 5, párr. *c*).

6. Conviene recordar que los crímenes contra la humanidad tal como se definieron en los instrumentos señalados *supra*, estaban vinculados con el estado de beligerancia. Esta circunstancia histórica ha perjudicado, durante cierto tiempo, la autonomía de la noción de crimen contra la humanidad, puesto que las jurisdicciones instituidas para reprimir los crímenes contra la humanidad sólo reprimían esas infracciones cuando tenían una relación directa o indirecta con la guerra. Desde luego hay que reconocer, como se desprende de la naturaleza de los cosas, que la guerra es la ocasión privilegiada y la circunstancia más propicia para la comisión de crímenes contra la humanidad. La guerra y el crimen de lesa humanidad corren parejas. Como se verá, la mayor parte de los crímenes de guerra son, al mismo tiempo, crímenes contra la humanidad. Y si bien la expresión «crimen contra la humanidad» ha aparecido muy tardíamente en la escena jurídica, el fenómeno que abarca tiene su origen en un pasado muy lejano. Es contemporáneo de la guerra. Por ello, durante mucho tiempo se ha confundido a los crímenes de guerra con los crímenes contra la humanidad. La noción de crímenes de guerra abarcaba la de crímenes contra la humanidad y era en virtud de aquélla que se reprimía también ésta.

7. En la introducción a su proyecto de código penal internacional[7] Chérif Bassiouni recuerda que en el segundo milenio antes de Jesucristo aparecieron los primeros tratados entre los egipcios y los sumerios para la reglamentación de la guerra; que los antiguos griegos y los romanos disponían de leyes sobre el derecho de asilo y sobre el tratamiento a los heridos y los prisioneros y que la práctica musulmana de la guerra estaba, desde 623, reglamentada por el Corán. Posteriormente, la Iglesia Católica también abordó el problema en los concilios de Letrán y de Lyon en los siglos XII y XIII. Los fundamentos doctrinales de la reglamentación de los conflictos armados se sentaron en particular en la *Suma Theologica* de Santo Tomás de Aquino y en *De jure belli ac pacis* de Grocio.

8. En Asia, las civilizaciones china (*El arte de la guerra* de Sun Tzu, en el siglo IV a. J.C.) e india (Libro de Manú, en el mismo período) conocieron igualmente una reglamentación de la guerra y dictaron medidas para la protección de los heridos y de los ancianos.

9. En la época moderna se ha observado un desarrollo considerable del derecho humanitario: Declaración de París de 1856; Convención de la Cruz Roja, Ginebra, de 1864; Declaración de San Peterburgo de 1868; Declaración de Bruselas de 1874; Convenios de La Haya de 1899 y 1907; Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, de 1925; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos adicionales de 8 de junio de 1977.

10. De hecho, esos instrumentos se referían sobre todo a los crímenes de guerra. Pero, como se verá más en detalle, los crímenes de guerra están con frecuencia indisolublemente vinculados con los crímenes de lesa humanidad, y la distinción entre ambos no es siempre fácil. La Comisión de Derecho Internacional, al formular los Principios de Nuremberg en 1950[8], retuvo este aspecto en el apartado *c* del Principio VI. La autonomía del crimen contra la humanidad sólo era relativa en la medida en que su represión estaba subordinada al estado de guerra.

11. Pero esta autonomía relativa se ha transformado en autonomía absoluta. Actualmente, el crimen contra la humanidad puede perpetrarse tanto en el marco de un conflicto armado como fuera de él. Desde luego, aún es necesario dar contenido a este concepto. El terreno que se pisa es propicio al romanticismo. Y aún la jurisprudencia, cuyo lenguaje es necesariamente estricto y frío, se deja llevar algunas veces por el lirismo.

1. El sentido de la palabra «humanidad»

12. En primer lugar se ha planteado la cuestión de determinar el sentido del vocablo «humanidad». De hecho, tal como decía Henri Meyrowitz, «la ambigüedad del término "humanidad" invita a ser prudente cuando se desea introducir esta noción en la definición de incriminación»[9]. Distingue tres acepciones de esta palabra: la de cultura (humanismo, humanista); la de fi-

[3] *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, H.M. Stationery Office, 1948, pág. 175.

[4] Denominado en adelante «estatuto de Nuremberg», figura como anexo del Acuerdo de Londres de 1945 (véase nota 2 *supra*).

[5] Ley relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra contra la paz y la humanidad, promulgada en Berlín el 20 de diciembre de 1945 (Haute Commission alliée en Allemagne, *Répertoire permanent de législation*, Baden-Baden, 1950).

[6] Denominado en adelante «estatuto de Tokio», publicado en *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), págs. 354 y ss.

[7] Ch. Bassiouni, *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 57.

[8] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.° 12* (A/1316), págs. 11 y ss.; texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45.

[9] H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi N.° 10 du Conseil de contrôle allié*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, pág. 344.

lantropía y la de dignidad humana. Por lo tanto, el crimen contra la humanidad podría concebirse en el triple sentido de crueldad para con la existencia humana, de envilecimiento de la dignidad humana, de la destrucción de la cultura humana. Comprendido dentro de estas tres acepciones, el crimen de lesa humanidad se convierte sencillamente en «crimen contra todo el género humano». Los ingleses dicen «crime against humankind».

13. Algunos autores prefieren la expresión «crimen contra la persona humana» en lugar de «crimen de lesa humanidad» o «crimen contra la humanidad». Pero no cabe duda de que una expresión de esa índole plantearía el problema delicado, que se verá más adelante, del carácter necesariamente masivo o no del crimen de lesa humanidad, es decir, el problema de determinar si todo atentado grave dirigido contra un individuo constituye un crimen contra la humanidad. Si se considera que el individuo es «poseedor» y custodio de la dignidad humana, «poseedor de los valores éticos fundamentales» de la sociedad humana, el crimen contra la humanidad puede perpetrarse mediante un atentado contra un solo individuo, desde el momento en que tal atentado presente un carácter específico contrario a la conciencia humana. Habría en cierta forma un vínculo natural entre el género humano y el individuo: uno es la expresión del otro.

14. El tribunal de Constanza ha resuelto, en aplicación de la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado, que «el bien jurídico protegido por esta ley es el hombre en su valor moral de ser humano con todos los derechos que le son manifiestamente reconocidos por el conjunto de los pueblos civilizados»[10]. Se trataba en ese caso de un fallo emitido por los tribunales alemanes que juzgaban los crímenes cometidos por nacionales contra otros nacionales alemanes. Pero puede encontrarse la misma idea en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Zona Británica, en que se declara en virtud de la misma ley sobre los actos cometidos por criminales de guerra que: «La ley N.° 10 se inspira en la idea de que existen en la esfera de las naciones civilizadas ciertas normas de conducta tan esenciales para el comportamiento humano y la existencia de todo individuo que ningún Estado puede dejar de reconocer»[11].

15. En resumen, en la expresión «crimen contra la humanidad», la palabra «humanidad» significa el género humano tanto en su acepción general como en sus diversas manifestaciones individuales o colectivas.

2. Sentido de la palabra «crimen» en la expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad»

16. En derecho interno, la palabra «crimen» se refiere a las infracciones más graves: tanto en la división tripartita de las infracciones (contravenciones, delitos y crímenes) como en la división bipartita (delitos y crímenes).

17. Cabe preguntarse si ocurre lo mismo en el derecho internacional. El artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[12] trata de los «crímenes y delitos internacionales» y en el párrafo 4 se estipula que: «Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.»

18. Sin embargo, cabe preguntarse si el sentido de la palabra «crimen» empleada en el artículo 19 y el sentido de la misma palabra en la expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» coinciden exactamente. Esta coincidencia no es evidente; en todo caso nunca lo ha sido. En un principio la palabra «crimen» en la expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» era una expresión genérica sinónima de infracción. Abarcaba todas las categorías de delito penal. Por cierto, en la mayoría de los casos, los hechos considerados eran crímenes en el sentido técnico de la expresión. Pero sucede que este término abarcaba también delitos o aun hechos de carácter sencillamente policial. Los estatutos de los tribunales militares internacionales (Nuremberg y Tokio) así como la ley N.° 10, emplean la palabra crimen, en el sentido general de infracción, cualquiera que fuere la gravedad de la infracción considerada. Cabe señalar a este respecto, una sentencia de la Corte Suprema de la Zona Británica[13] pronunciada en apelación de un juicio de un tribunal de primera instancia que, por razón de la pena infligida, que era leve, había calificado injustamente a la infracción como «delito contra la humanidad». Según la sentencia pronunciada por la Corte, la palabra «delito» no existía en la ley N.° 10 aun cuando la pena impuesta era la que correspondía a esta categoría de infracciones. La palabra crimen, tanto en la expresión «crimen contra la humanidad» como en la de «crimen de guerra» tenía una acepción general que abarcaba hechos de gravedad variable, aunque, como se acaba de decir, se trataba, en la mayoría de los casos, de hechos de suma gravedad. La palabra crimen era sinónimo de infracción en el sentido amplio del término. Abarcaba tanto los hechos de carácter sencillamente policial como los hechos más graves. Por ello en el artículo 50 del Convenio (I) de Ginebra de 1949[14] se hace una distinción entre las «infracciones graves» y las demás infracciones.

19. Actualmente, la Comisión ha zanjado la cuestión. Ha decidido que el término «crimen» no debe abarcar todas las infracciones, sino solamente las infracciones más graves.

3. El contenido del crimen contra la humanidad

20. La definición del contenido de la palabra «humanidad» y de la palabra «crimen» no basta para dar contenido a la expresión «crimen contra la humanidad». Esta noción es tan sustanciosa que resulta difícil limitarla en los estrechos confines de una fórmula única. Se han intentado muchas definiciones pero cada una subraya uno o varios elementos esenciales de este crimen, sin abarcar todos sus aspectos.

---

[10] Asunto *Tillesen* (*Süddeutsche Juristenzeitung*, Heidelberg, 1947, col. 337 y en particular col. 339); citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 346, nota 15.

[11] *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (O.G.H. br. Z.)*, Berlin, 1949, vol. 2, pág. 271; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 347.

[12] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

[13] *O.G.H. br. Z.* (véase nota 11 *supra*), vol. 1, págs. 48 y 49; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 246.

[14] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, pág. 31.

21. Algunas definiciones hacen hincapié en el *carácter* del crimen: barbarie, brutalidad, atrocidad del crimen. Así pues, la ley constitucional austriaca de 26 de junio de 1945 estipula que: «es culpable del crimen de barbarie y de brutalidad quienquiera que, durante la tiranía nacionalsocialista, haya puesto a otro en un situación *atroz* [...] por odio político o abuso de autoridad»[15]. Se ha criticado esta fórmula. Según algunas personas, la barbarie y la atrocidad no son necesarias. Constituyen también crímenes de lesa humanidad determinados *tratos humillantes y degradantes* y los *atentados a la dignidad personal* a que se hace referencia en los Convenios de Ginebra de 1949.

22. Otras definiciones hacen hincapié en la *lesión de un derecho*: «atentado contra los derechos fundamentales»: derecho a la vida, a la salud, a la integridad corporal, a la libertad (resolución de la Octava Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal[16]).

23. Otros aun hacen hincapié en la *escala* del crimen de lesa humanidad (el exterminio, la esclavización de pueblos o de grupos de individuos). Pero se ha debatido mucho la cuestión y no se ha admitido siempre esta condición del carácter masivo. Es cierto que en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se hace referencia a una violación «en gran escala» de una obligación (párr. 3, apartado *c*). Pero este punto de vista no es compartido unánimemente.

24. El debate puede continuar interminablemente habida cuenta de la amplitud de la noción. Así pues, algunos hacen hincapié en la personalidad jurídica del autor. El crimen contra la humanidad sería un crimen de Estado. Según Eugène Aroneanu, «el crimen de lesa humanidad, antes que "crimen", es un acto de soberanía estatal, acto por el cual un Estado atenta, por motivos raciales, nacionales, religiosos o políticos, contra la libertad, los derechos o la vida de una persona o de un grupo de personas»[17]. Pero otros autores estiman que este crimen también puede ser cometido a título individual, aun cuando los individuos de que se trate ejerzan un poder estatal.

25. Parece que el único elemento objeto de consenso es el *móvil*. Todos los autores, todas las decisiones de jurisprudencia, todas las resoluciones de los congresos internacionales, coinciden en el hecho de que lo que caracteriza al crimen de lesa humanidad es el móvil, es decir la intención de atentar contra una persona o un grupo de personas, por motivos raciales, nacionales, religiosos o de opiniones políticas. Se trata de una intención especial, incorporada en el crimen, que le confiere su particularidad.

26. Efectivamente, el artículo 6, apartado *c*, del estatuto de Nuremberg, el artículo II, párrafo 1, apartado *c*, de la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado y el artículo 5, apartado *c*, del estatuto de Tokio se refieren, algunas veces con variantes en la formulación, al móvil que inspira el acto criminal. Por ello los autores de estos textos habían preferido, en la definición del crimen contra la humanidad, no limitarse a una fórmula sintética, sino combinar una definición general y una enumeración a título ilustrativo.

27. Pero aun en este caso, la autonomía de la noción sigue siendo limitada y subordinada al estado de guerra, como se ha dicho anteriormente (párr. 10 *supra*). Tal era la situación del derecho antes de 1954.

B.—El crimen contra la humanidad en el proyecto de código de 1954

28. En primer lugar, el proyecto de código de 1954 dio cierta autonomía al crimen contra la humanidad al desligarlo del contexto de la guerra. A continuación, atribuyó un contenido bipartito a esta noción al distinguir el crimen de genocidio de los demás «actos inhumanos». Ambos crímenes se contemplan en los párrafos 10 y 11 del artículo 2 del proyecto de 1954. El problema que se plantea actualmente es el de saber por qué en el proyecto de 1954 se ha distinguido entre el «genocidio» y los «actos inhumanos».

1. El genocidio

29. No cabe duda de que el genocidio descrito en el párrafo 10 del artículo 2 y los «actos inhumanos» descritos en el párrafo 11 del artículo 2 constituyen crímenes contra la humanidad, pero el problema del carácter concreto del genocidio ha dividido las opiniones según la perspectiva desde la que se examina. De hecho, puede considerarse ya sea el objetivo del genocidio, o el número de víctimas.

a) *El objetivo del genocidio*

30. Si se examina el genocidio en función de su objetivo, no cabe duda de que este crimen se distingue de los demás actos inhumanos. De hecho, el objetivo previsto en este caso es como lo precisa la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948[18], el de «*destruir**, total o parcialmente, a un *grupo** nacional, étnico, racial o religioso» (art. II). Aunque también otros actos inhumanos pueden inspirarse en motivos nacionales, raciales o religiosos, no entrañan necesariamente el objetivo de destruir o un grupo considerado como una entidad distinta. Desde este punto de vista, el genocidio presenta características concretas.

b) *El número de víctimas*

31. Si el genocidio se considera desde el punto de vista del número de víctimas, la cuestión es determinar la diferencia entre el genocidio y los demás actos inhumanos. A juicio de algunos autores, no existe diferencia entre el genocidio y los demás crímenes contra la humanidad. Según Stefan Glaser, «parece indudable que la intención de los autores tanto de la Convención sobre el genocidio como del proyecto de código era la de recono-

[15] Ley sobre los crímenes de guerra y otros crímenes nacionalsocialistas, art. 3, párr. 1, *Staatsgesetzblatt für die Republik Osterreich*, 28 de junio de 1945, N.° 32, pág. 56.

[16] Resolución sobre el crimen contra la humanidad, adoptada por la Octava Conferencia celebrada los días 10 y 11 de julio de 1947, véase *Actas de la Conferencia*, París, Pedone, 1949, págs. 227 y 228.

[17] E. Aroneanu, *Le crime contre l'humanité*, París, Dalloz, 1961, págs. 56 y 57.

[18] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, pág. 296.

cer como consumado el genocidio aún en el caso en que el acto (homicidio, etc.) hubiere sido cometido respecto de *un solo* miembro de un grupo determinado, con la intención de destruirlo "total o parcialmente"»[19]. A su juicio, «lo que es decisivo para la noción de genocidio es la *intención**».

32. Cabe preguntarse si los demás crímenes contra la humanidad, denominados «actos inhumanos» en el proyecto de código de 1954 presuponen también un elemento colectivo. Se plantea en este caso un debate importante que se vuelve a plantear en la jurisprudencia de los tribunales militares instituidos en virtud de la ley N.° 10 del Consejo del Control Aliado.

33. Cierta corriente de opinión se orienta a favor del carácter masivo de la infracción. Según el Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra:

> Los delitos aislados no entrañan la noción de crímenes contra la humanidad. En principio, sería necesaria una acción masiva y sistemática, en particular si estuviese revestida de autoridad, para transformar un crimen de derecho común, sancionable solamente de conformidad con el derecho interno, en crimen de lesa humanidad, perteneciente así al fuero del derecho internacional. Unicamente los crímenes que han puesto en situación de peligro a la comunidad internacional, o que han escandalizado la conciencia de la humanidad, ya sea por sus dimensiones o su brutalidad, o por su gran número o por el hecho de que se hayan repetido el mismo tipo de actos en momentos y lugares diversos, han justificado la intervención de Estados distintos de aquel en cuyo territorio se cometieron los crímenes o cuyos nacionales fueron las víctimas[20].

34. No obstante, se han expresado opiniones contrarias[21]. Asimismo, el Congreso internacional del Movimiento nacional judicial francés, en su resolución sobre la represión de los crímenes nazis contra la humanidad, adoptada en octubre de 1946, estipula: «Son culpables de crímenes contra la humanidad y sancionables como tales, los que exterminan o persiguen a *un individuo** o un grupo de individuos, por razón de su nacionalidad, de su raza, de su religión o de sus opiniones»[22].

35. Opiniones análogas se encuentran en los informes presentados a la Octava Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Bruselas en julio de 1947[23].

36. En el informe brasileño presentado a esa Conferencia por el profesor de la facultad de derecho de Río de Janeiro, Roberto Lyra, se propone la siguiente definición: «Se considera como delito de lesa humanidad toda acción u omisión que encierre una grave amenaza o violencia física contra *alguna persona** a causa de su nacionalidad, de su raza o de sus opiniones religiosas, filosóficas o políticas»[24].

37. En el informe de los representantes de los Países Bajos, W. P. J. Pompe, rector de la Universidad de Utrecht, y B. H. Kazemier, asesor del Ministerio de Justicia, se propone como definición del crimen contra la humanidad: «el hecho de exterminar o de colocar en un estado intolerable, contrariamente a los principios de derecho generales reconocidos por los pueblos civilizados, a *un individuo** o grupo de individuos, a causa de su nacionalidad, su religión o sus opiniones»[25].

38. En el informe polaco presentado por Georges Sawicki, Fiscal General en Varsovia, la definición propuesta era: «Es culpable de delito contra la humanidad el que comete un delito contra la vida, la salud, la inmunidad corporal, la libertad, el honor o los bienes de *una persona** o de un grupo de personas, [...], si el hecho ha sido cometido por motivos nacionales, religiosos, raciales o políticos»[26].

39. En el informe de la Santa Sede, presentado por su delegado Pierre Bondue, se consideraba como crimen contra la humanidad «todo ataque [...] contra [...] los derechos [...] de toda persona humana, a causa de sus opiniones, su nacionalidad, su raza, casta, familia o profesión»[27].

40. El representante de Suiza, Jean Graven, profesor de la facultad de derecho de Ginebra, presentaba en su informe el proyecto de definición siguiente:

> El que, sin derecho, atente, por motivos raciales, nacionales, religiosos, políticos o de opinión, contra la libertad, la salud, la integridad corporal o la vida de *una persona** o de un grupo de personas, especialmente mediante deportación, subjugación, malos tratos y exterminio, ya sea en tiempo de guerra o en tiempo de paz, comete un delito punible contra la persona humana (o la humanidad)[28].

41. Por otra parte, André Boissarie, Procurador General de la Corte de Apelaciones de París, elaboró, en el marco del Movimiento nacional judicial francés, un proyecto de convención en cuyo artículo 5 se estipulaba que: «Los crímenes contra la humanidad van dirigidos contra un grupo humano o *un individuo**, por el hecho de su nacionalidad, de su religión o de sus opiniones»[29].

42. En su notable obra, Henri Meyrowitz hace un análisis profundo de la cuestión. Sostiene que:

> [...] debe interpretarse que la tipificación de los crímenes contra la humanidad entraña, *además* de los actos dirigidos contra víctimas individuales, los actos de participación en crímenes masivos, [...].
>
> [...]
>
> La pluralidad de las víctimas no es un requisito más importante que la pluralidad de los actos. Indudablemente, el concepto de crimen contra la humanidad ha sido suscitado por un fenómeno criminal histórico cuya característica principal es la infracción en gran escala: un gran número de actos, un gran número de agentes, un gran número de víctimas [...]. Pero [el carácter masivo] no es elemento constitutivo de la infracción[30].

43. Por lo tanto, el carácter necesariamente masivo o no del crimen contra la humanidad es un punto controvertido. Estas controversias se han manifestado también en la jurisprudencia.

---

[19] S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruselas, Bruylant, 1970, vol. I, pág. 112.

[20] *History of the United Nations War Crimes Commission...* (*op. cit.*, nota 3 *supra*), pág. 179.

[21] Véase el memorando preparado en 1950 por V.V. Pella a petición de la Secretaría, A/CN.4/39, párr. 139.

[22] *Revue internationale de droit pénal*, París, 19.° año, 1948, pág. 384.

[23] *Actas de la Conferencia* (*op. cit.*, nota 16 *supra*), págs. 108 y ss.

[24] *Ibid.*, pág. 116.

[25] *Ibid.*, pág. 130.

[26] *Ibid.*, pág. 137.

[27] *Ibid.*, pág. 149.

[28] *Ibid.*, pág. 157.

[29] *Revue internationale de droit pénal*, París, 19.° año, 1948, pág. 382.

[30] *Op. cit.*, (nota 9 *supra*), págs. 255 y 280.

44. La Corte Suprema de la Zona Británica había considerado que este elemento de masa no era necesario para la definición legal del crimen contra la humanidad, que incluía, conjuntamente con el exterminio que entraña un elemento de masa, el asesinato, la tortura y la violación, que pueden tratarse de un hecho aislado y único[31].

45. Por el contrario, los tribunales militares norteamericanos habían estimado que el carácter masivo era parte integrante del crimen contra la humanidad. En el proceso contra los altos funcionarios de la justicia del régimen nazi, los acusados fueron declarados culpables de haber participado «a sabiendas en un *sistema de crueldad** y de injusticia que se extendía en todo el país y estaba organizado por el gobierno». El tribunal había entonces afirmado que casos aislados de atrocidades o de persecuciones no debían incluirse en la definición[32].

46. El Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra después de haber estudiado las definiciones de los estatutos de Nuremberg y de Tokio y de la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado, había expresado una opinión análoga (véase párr. 33 *supra*).

47. En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la tendencia a favor del carácter masivo del crimen parece predominar si se tiene en cuenta el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 19, según el cual un crimen internacional puede resultar «de una violación grave y *en gran escala** de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano».

48. La diferencia deducida del carácter masivo de la violación no es sin embargo decisiva. Algunos autores continúan estimando que la violación sistemática de un solo derecho humano es un crimen contra la humanidad.

49. Se plantea entonces la cuestión de si puede hallarse en el elemento de la gravedad un factor de diferenciación. Stefan Glaser estima que el genocidio no es más que «un caso agravado o calificado» de crimen contra la humanidad. Entre ambos conceptos hay solamente una diferencia de grado, no una diferencia de naturaleza[33]. Según dicho autor, la distinción es particularmente difícil de mantener si se considera que, desde el punto de vista del motivo, no hay una diferencia visible entre la destrucción de un «grupo étnico» y la destrucción de un «grupo político».

50. No comparte sin embargo el punto de vista anterior Vespasien V. Pella, para quien los dos conceptos de genocidio y crimen contra la humanidad tienen un ámbito distinto de aplicación.

En efecto, no existe genocidio según la Convención de 9 de diciembre de 1948, si el acto ha sido dirigido contra un *grupo político*. Por el contrario, los delitos contra la humanidad, tal como los prevé el apartado *c* del artículo 6 del estatuto del Tribunal de Nuremberg, pueden estar constituidos tanto por persecuciones como por motivos políticos[34].

Llevando su razonamiento hasta las últimas consecuencias, dicho autor estima que la diferencia entre ambos conceptos es tan grande que el genocidio debe excluirse de la codificación y observa, en tal sentido, que existe ya una convención separada sobre el genocidio, por lo que su inserción en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad es innecesaria: «Es preciso mantener el carácter autónomo y la vida propia de la Convención sobre el genocidio»[35].

51. Esta tesis llevada al extremo no parece aceptable y no fue, por otra parte, aceptada por la CDI en 1954. Si hubiera que eliminar del código todos los actos ilícitos que son objeto de una convención, el código quedaría reducido a una cáscara vacía. Además, la mayoría de las convenciones no consideran los actos ilícitos en su aspecto criminal, que es precisamente el objeto del presente proyecto de código.

c) *Beligerancia*

52. Se pensó igualmente en hallar en la beligerancia un elemento de diferenciación entre ambos conceptos. El estatuto de Nuremberg vinculó los crímenes contra la humanidad al estado de beligerancia. Los tribunales militares deliberaron extensamente sobre el problema. La Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra refleja el debate en los términos siguientes: «Aunque tal vez coincidan hasta cierto punto ambos conceptos, el genocidio se distingue de los crímenes contra la humanidad en que, para probarlo, no es necesario establecer su relación con una guerra»[36].

53. En 1954, la CDI rechazó la beligerencia como factor de diferenciación entre el crimen contra la humanidad y el genocidio, pero mantuvo en el proyecto de código la distinción entre las dos infracciones, que serán objeto de párrafos diferentes (párrs. 10 y 11 del artículo 2).

54. El Relator Especial estima que, habida cuenta de las características particulares del crimen de genocidio, conviene reservarle un lugar aparte entre los crímenes contra la humanidad.

55. En cuanto a la formulación del proyecto de artículo, conviene señalar en primer lugar que la palabra «genocidio» no figura en el proyecto de 1954. Sin embargo, el párrafo 10 del artículo 2 tiene expresamente en cuenta el fenómeno, y todos los actos que en él se enumeran son actos de genocidio. Por otra parte, la Convención de 9 de diciembre de 1948 menciona expresamente el genocidio y da la definición en su artículo II. Aparte de esa diferencia, el texto de 1954 reproduce exactamente el texto de 1948.

---

[31] *O.G.H. br. Z.* (véase nota 11 *supra*), vol. I, págs. 13 y 231; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 254.

[32] Véase *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N.° 10 (Nuernberg October 1949-April 1949)* [serie de 15 volúmenes, denominada en adelante «American Military Tribunals»], Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1949-1953, asunto N.° 3 *(The Justice Case)*, vol. III, pág. 985; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, págs. 252 y 253.

[33] *Op. cit.*, (nota 19 *supra*), pág. 109.

[34] A/CN.4/39, párr. 141.

[35] A/CN.4/39, párr. 142.

[36] Véase *Law Reports of Trials of War Criminals* (colección de jurisprudencia en 15 volúmenes, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra), Londres, H.M. Stationery Office, 1947-1949, vol. XV, pág. 138.

56. En cuanto a los elementos contenidos en ambos textos, cabe preguntar si los términos «nacional, étnico, racial» no coinciden hasta cierto punto, y si no se incurre en un pleonasmo, particularmente al emplear los términos *étnico* y *racial*. Es claro que estos conceptos, aunque convergentes hasta cierto punto, no coinciden exactamente.

57. Un grupo nacional abarca con frecuencia diversos grupos étnicos. Son raros en el mundo los Estados en que se halla una perfecta homogeneidad étnica. En Africa, particularmente, la división territorial se hizo sin tener en cuenta la distribución étnica, lo que originó frecuentemente problemas a los jóvenes Estados sacudidos por movimientos centrífugos dirigidos a menudo a lograr una reagrupación étnica. Con raras excepciones (por ejemplo, Somalia), prácticamente la totalidad de los Estados africanos tienen una población heterogénea. En los otros continentes, las migraciones, los intercambios, los azares de las guerras y conquistas han originado tantas mezclas que el concepto de grupo étnico posee en ellos solamente un valor relativo y carece incluso tal vez de toda significación. El concepto de nación no coincide con el grupo étnico y se caracteriza por la voluntad de vivir en común, un ideal común, un objetivo común e inspiraciones comunes.

58. Más difícil de captar es tal vez la diferencia entre los términos «étnico» y «racial». Al parecer, el vínculo étnico posee en mayor grado un carácter cultural, se funda en los valores de civilización, y se caracteriza por un estilo de vida, un modo de pensar, una concepción común de la vida y de las cosas; el grupo étnico se basa más profundamente en una cosmogonía. Por el contrario, el elemento racial se refiere más típicamente a características *físicas* comunes. Parece, pues, natural que se mantengan ambos términos, que dan al texto sobre el genocidio un ámbito de aplicación más amplio que abarca tanto el genocidio físico como el genocidio cultural.

59. Conviene referirse a la otra categoría de crímenes contra la humanidad que en el proyecto de código de 1954 se designa como «actos inhumanos».

2. Actos inhumanos

60. El párrafo 11 del artículo 2 del proyecto de código de 1954 no da una definición general de los actos inhumanos y procede por enumeración. Ahora bien, la enumeración del párrafo 10 sobre el genocidio es limitativa, en tanto que la del párrafo 11 es ilustrativa.

61. Penetramos aquí, en efecto, en una esfera en que se descubren hechos sumamente diversos, con manifestaciones de matices diferentes. Los aspectos del crimen contra la humanidad se transforman con el progreso tecnológico. La expresión «crimen contra la humanidad» se remonta a la segunda guerra mundial, precisamente a causa de la crueldad que el progreso hizo posible. Debido a ese carácter evolutivo, el intento de enumerar todos los crímenes contra la humanidad equivaldría a reducir el campo de la materia con riesgo de dejar impunes los crímenes que a veces es difícil imaginar antes de su realización.

62. Sin adelantarse, por otra parte, a lo que ha de decirse sobre los crímenes de guerra (algunos de los cuales se confunden con los crímenes contra la humanidad), cabe recordar el método seguido en el Convenio (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907[37], cuyo preámbulo estipula que

> [...] no podía entrar en las intenciones de las Altas Partes contratantes que los casos no previstos fueran, a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirigen los ejércitos.
>
> Mientras aguardan que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las *leyes de humanidad** y de las exigencias de la conciencia pública.

63. Aunque esta referencia a los principios del derecho de gentes, a los usos establecidos entre las naciones civilizadas, a las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública no se reproduzca en el proyecto de código de 1954, es claro que esos principios han inspirado el texto. Además, ese texto precisa claramente que los actos inhumanos no se limitan a los actos que enumera.

3. *Apartheid*

64. El hecho de que el *apartheid* constituye un crimen contra la humanidad no es dudoso. Sólo puede suscitar dudas a quienes marchen en contra de la corriente de la historia. En su segundo informe[38], el Relator Especial enumeró todos los instrumentos internacionales relativos al *apartheid*. Además, si el concepto de *jus cogens* posee un significado, es aquí donde se halla una de sus aplicaciones más justificadas.

65. Sin poner en duda el carácter criminal del *apartheid*, hay quienes estimaron que el término estaba vinculado excesivamente a un determinado sistema para poder constituir la base de una norma general. Pero este argumento no es decisivo. El *apartheid* posee características específicas al igual que otros muchos crímenes. El homicidio involuntario, el homicidio, el asesinato, son crímenes cada uno de los cuales posee rasgos particulares, a pesar de lo cual todos ellos proceden de un hecho común: el hecho de privar de la vida a un semejante. Ahora bien, este acto tiene gravedad diferente en los distintos casos. En el código, el *apartheid* posee una autonomía clara, al igual que el genocidio, aunque ambos hechos sean constitutivos de actos inhumanos.

C.—Atentados graves contra el medio humano

66. En el apartado *d* del párrafo 3 del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Es-

[37] Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 326.

[38] *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 99, documento A/CN.4/377, párr. 44, apartado 3, y nota 34.

tados se considera crimen internacional «una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares».

67. No es preciso destacar la importancia cada vez mayor que cobran los problemas relativos al medio ambiente hoy en día. La necesidad de protegerlo y salvaguardarlo justificaría la inclusión de una disposición específica en el proyecto de código.

Parte II

Crímenes de guerra

68. El concepto de crímenes de guerra suscita, en primer lugar, problemas de terminología; en segundo lugar, observaciones de fondo y, finalmente, problemas metodológicos.

A.—Problemas de terminología

69. Se tropieza aquí en primer lugar con una dificultad de orden terminológico. En el derecho internacional clásico la palabra «guerra» no expresaba solamente un fenómeno sociológico y político, pues era, en primer lugar, un concepto jurídico representativo de un estado de relaciones internacionales que creaba derechos y obligaciones para los participantes en él. La guerra era en sí misma un derecho vinculado a la soberanía. El objeto de las convenciones internacionales no era, pues, la prohibición de la guerra, sino su reglamentación. La idea de una convención internacional que prohíba la guerra, salvo en caso de legítima defensa, es relativamente reciente, pues data del Pacto Briand Kellogg de 1928[39]. Esta idea se desarrolló sobre todo con posterioridad a la segunda guerra mundial, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas.

70. Sin embargo, aunque la guerra sea hoy día un hecho ilícito, el fenómeno que evoca no ha perdido su vigencia. Lo mismo ocurre desafortunadamente por otra parte con muchos otros crímenes. No basta con afirmar la ilegalidad de un acto determinado, con prohibirlo, para que ese acto desaparezca de la vida humana. La prohibición del homicidio y del asesinato data de fecha muy remota, a pesar de lo cual hay que lamentar todos los días homicidios y asesinatos. Si bastase con prohibir un acto para que desapareciese del comportamiento humano, no habría ni policía, ni sistema judicial ni institución penitenciaria.

71. La prohibición de la guerra no ha hecho, pues, desaparecer ese fenómeno. Lo que puede afirmarse es que al proscribir la guerra se instaura una óptica nueva que implica consecuencias jurídicas. La primera es, claro está, la ilicitud de la «declaración de guerra». Hoy día, la guerra, incluso la guerra declarada con las formalidades requeridas en otro tiempo, se confunde con la agresión.

72. Ahora bien, si la guerra ha pasado a constituir un hecho ilícito y no puede legitimar derecho alguno, el fenómeno que representa —el conflicto armado— permanece, y haría falta una buena dosis de ingenuidad para ignorarlo. El proyecto de código de 1954 prohibía los actos cometidos «en violación de las leyes o usos de la guerra» (art. 2, párr. 12). Con el deseo de hallar una fórmula que esté en conformidad con el derecho, se ha propuesto la eliminación de la palabra «guerra» en esa expresión. Sería absurdo considerar un acto como criminal y al mismo tiempo establecer los derechos y deberes de quienes lo practican. Abstenerse, sin embargo, de limitar por ese motivo los excesos, los abusos que se cometen con motivo de los conflictos armados, sería más que ingenuidad, sería una ligereza y una omisión culpable.

73. Además, la prohibición de la guerra no impide que haya situaciones (legítima defensa, operaciones de mantenimiento de la paz) en que el uso de la fuerza, aunque aceptable, deba contenerse dentro de límites claramente definidos.

74. El derecho de los conflictos armados es, pues, indispensable. El único problema que se plantea en tal sentido es de orden terminológico. Surge la cuestión de si es preciso renunciar a la palabra «guerra» sustituyéndola por la expresión «conflicto armado».

75. Habría argumentos a favor de esta tesis, sobre todo a partir de la aparición de nuevos tipos de conflictos armados en que no siempre se oponen unos Estados contra otros, sino que a veces se trata de entidades estatales contra entidades no estatales (movimientos de liberación nacional, movimientos de guerrilleros, etc.). El artículo 3 del Convenio (I) de Ginebra de 1949 preveía ya el conflicto no internacional. Los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 referentes a los conflictos armados, de 1977[40], confirman esta idea, a saber, que no es necesario para que se apliquen las «leyes y usos de la guerra», que el conflicto sea un conflicto entre Estados. El Protocolo I dispone, en el párrafo 4 de su artículo 1, que las situaciones a que se refiere el párrafo 2 común a los Convenios de Ginebra comprenden «los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación». La consecuencia de la disposición anterior es la asimilación de los combatientes y prisioneros de las guerras de liberación nacional a los combatientes y prisioneros de guerra de «cualquier otro conflicto armado», en el sentido del artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

[39] Sociedad de las Naciones, *Recueil des traités*, vol. XCIV, pág. 57.

[40] Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1977* (N.° de venta: S.79.V.1), págs. 101 y ss. (Protocolo I), y págs. 147 y ss. (Protocolo II).

76. De las breves consideraciones anteriores se desprende que el concepto de guerra en el sentido clásico del término ha experimentado una ampliación. No se trata ya exclusivamente de una relación entre Estados, sino también de todo conflicto armado en que entidades estatales se opongan a entidades no estatales. En otros términos, lo que aquí se considera no es ya la guerra en sentido formal, sino en sentido material, es decir, su contenido (el uso de la fuerza armada). Si la palabra «guerra» se emplea, pues, en este informe, se hace en su sentido material de conflicto armado, no en su sentido formal y tradicional de relación entre Estados.

B.—Problemas de fondo: crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad

77. Los problemas de fondo se refieren a la distinción entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. No siempre es fácil distinguir entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Ya se consideren ambos conceptos desde el punto de vista de su contenido o desde el de su ámbito de aplicación, se observan zonas de convergencia que dificultan a veces la distinción.

78. Aunque los dos conceptos sean distintos, un mismo hecho puede constituir al mismo tiempo un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad. El homicidio y el asesinato pueden constituir al mismo tiempo, si se cometen durante un conflicto armado, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Basta para ello con que se inspiren en motivos políticos, raciales o religiosos. Al margen de todo conflicto armado, esos mismos hechos, inspirados por los mismos motivos, constituyen solamente crímenes contra la humanidad.

79. Esta doble calificación no carece de interés. En efecto, la calificación de crimen contra la humanidad permite que no queden impunes ciertos hechos a los que no se aplica la calificación de crimen de guerra. Los crímenes cometidos en tiempo de guerra por unos nacionales contra otros podrían no ser objeto de enjuiciamiento sin la calificación de crímenes contra la humanidad.

80. Careciendo del mismo contenido, por causa de su móvil, las dos infracciones no poseen el mismo ámbito de aplicación. El crimen de guerra tiene un ámbito de aplicación más limitado y sólo puede cometerse en tiempo de guerra, en tanto que el crimen contra la humanidad puede cometerse tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. El crimen de guerra puede solamente cometerse contra un enemigo, en tanto que el crimen contra la humanidad puede cometerse contra una víctima no enemiga, e incluso puede cometerlo un Estado contra sus propios nacionales.

C.—Problemas de método

81. Cabe preguntarse si para determinar los crímenes de guerra es preciso recurrir a una definición general o a una enumeración.

82. La enumeración plantea siempre problemas delicados. Es difícil, si no imposible, suministrar una lista exhaustiva de los «crímenes de guerra». En 1919, la Conferencia preliminar de la paz elaboró la lista de las violaciones de las leyes y usos de la guerra cometidas por las fuerzas alemanas y aliadas durante la primera guerra mundial; esta lista contenía 32 casos de violaciones.

83. Durante la segunda guerra mundial, Sir Cecil Hurst, representante del Reino Unido y Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra, planteó de nuevo el problema de lo que había de considerarse como «crimen de guerra». La Comisión retrocedió ante la inmensidad de la empresa y se contentó con examinar de nuevo la lista elaborada en 1919, admitiendo sin embargo el principio de que la lista no era exhaustiva y de que, habida cuenta de la evolución posterior, podría haber otros crímenes que no figurasen en ella. En efecto, se presentaron ulteriormente nuevas propuestas. De este modo, a propuesta del representante de Polonia, se agregó la toma de rehenes. Se condenaron igualmente las detenciones en masa efectuadas al azar. Se reconoció también que era preciso tener en cuenta el preámbulo del Convenio (IV) de La Haya, de 1907[41], según el cual los crímenes de guerra no se limitaban a las violaciones de las leyes de la guerra que figuran en los Convenios de La Haya, y que los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas habían de permitir que se calificasen como crímenes de guerra todos los actos que contraviniesen gravemente esos principios[42].

84. El estatuto del Tribunal de Nuremberg habla de las «violaciones de las leyes y usos de la guerra», que «comprenden, *sin limitarse a ello**, el asesinato, los malos tratos, etc.» (art. 6, apartado *b*). La ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado hace referencia a «las infracciones de las leyes y usos de la guerra, incluido, *sin que esta enumeración tenga carácter limitativo**, el asesinato, los malos tratos [...]» (art. II, párr. 1, apartado *b*).

85. El estatuto de Tokio se refería, por el contrario, a «los crímenes cometidos contra las convenciones de la guerra, a saber, las violaciones de las leyes y usos de la guerra» (art. 5, apartado *b*) sin enumeración alguna ni siquiera de carácter no limitativo.

86. El debate se ha iniciado de nuevo. En la materia sometida a examen, lo mejor es enemigo de lo bueno y hay que desconfiar de una ambición generosa pero escasamente refrenada. Sir David Maxwell Fyfe decía: «No creo que sea posible establecer un código que contenga definiciones completas y detalladas»[43]. Vespasien Pella era más categórico: «Me parece imposible, en las circunstancias presentes, establecer una lista de todas las violaciones de las leyes y los usos de la guerra»[44]. Jean Spiropoulos, Relator del proyecto de código de 1954, era de la misma opinión:

> Respecto al proyecto de código, se ha manifestado la opinión de que debería formularse una enumeración completa de todos los actos que constituirían delitos de guerra. [...]

---

[41] Véanse párr. 62 y nota 37 *supra*.

[42] *History of the United Nations War Crimes Commission...* (*op. cit.*, nota 3 *supra*), págs. 170 a 172).

[43] Citado en el memorando de Pella, A/CN.4/39, párr. 145 *in fine*.

[44] A/CN.4/39, párr. 147.

En nuestra opinión, tal empresa tropezaría con las más graves dificultades, ya que existen hondas divergencias de opinión sobre puntos muy importantes relacionados con las leyes y usos de la guerra. [...][45].

Según el mismo autor, es preciso adoptar una definición general de los crímenes de guerra dejando al juez la tarea de investigar si lo que se somete a su examen es, en cada caso, un delito de guerra. Sin embargo, agregaba el mismo autor, «no nos oponemos a que se agregue a la definición general una lista de violaciones de las leyes de la guerra, aunque con la reserva de que esa lista no constituye una enumeración completa [...]»[46].

87. La Comisión adoptó sin más en 1954 el método de una definición general.

88. Nos hallamos de nuevo ante una encrucijada. En consecuencia, el proyecto de artículo sobre los crímenes de guerra que propone el Relator Especial tiene dos variantes: una de carácter sintético basada en el proyecto de 1954 y la otra que combina los dos métodos (véase art. 13, en la parte V del presente informe).

[45] Primer informe de J. Spiropoulos sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (A/CN.4/25, pág. 34).

[46] A/CN.4/25, pág. 35.

PARTE III

Otras infracciones

89. Se ha dicho que la naturaleza de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad implica a menudo un *concursus plurium ad delictum*. El fenómeno de participación es la norma, y de ahí la importancia que tienen en esa forma de criminalidad las nociones de complicidad y de conspiración.

90. Se examinará también la tentativa como infracción conexa.

91. El proyecto de código de 1954 se había limitado a penalizar estos hechos sin analizarlos ni definirlos y se buscaría vanamente en los trabajos preparatorios cualquier comentario que arrojara luz sobre esta cuestión. No obstante, hay que considerar que la trasposición de ciertas nociones de derecho interno al derecho internacional produce una deformación aparente del concepto original. Pero en este contexto las nociones se deforman verdaderamente al penetrar en las profundidades del derecho internacional y cambian a menudo de contenido o de sentido. Sería, pues, interesante saber en qué se convierten las nociones de complicidad y de complot cuando penetran en la esfera del derecho internacional.

A.—La complicidad

92. En una empresa criminal cometida en régimen de participación, el cómplice desempeña un papel distinto al del autor principal. Los hechos que se imputan al uno y al otro no son los mismos. Por ejemplo, en el caso de un asesinato el acto material de *matar* es distinto de la *facilitación de medios para matar*. Aunque las dos infracciones sean conexas (en principio una está vinculada a la otra), cada una conserva su carácter propio. Como no tienen el mismo contenido material, constituyen dos nociones con dos calificaciones jurídicas diferentes. Empero, en ciertos casos, no resulta fácil determinar el contenido jurídico de una y otra noción. En derecho interno, según las legislaciones, la complicidad tiene un contenido más o menos amplio.

1. La complicidad en el derecho interno

a) *Contenido restringido*

93. El artículo 60 del Código Penal francés enumera los diferentes casos de complicidad. Esta puede realizarse por *instigación*, por *facilitación de medios* o mediante *ayuda o asistencia*.

94. En términos generales, el derecho francés no incluye en la complicidad los actos posteriores a la infracción principal. De este modo, el encubrimiento es un delito distinto de la complicidad.

95. También es cierto que el derecho penal francés reconoce casos de complicidad ampliada. Así sucede en las circunstancias previstas en el artículo 61 del Código Penal que asimila ciertos casos de encubrimiento a la complicidad: encubrimiento de bandoleros o de autores de crímenes contra la seguridad del Estado o la paz pública. Los autores de un hecho semejante posterior al acto principal «serán castigados como cómplices», se indica en el Código. Pero esta forma de complicidad debe su autonomía únicamente a la ley. Si la sanción correspondiente se impone al inculpado en concepto de autor principal, la infracción es autónoma: está prevista en una disposición especial del código penal y no resulta de una aplicación jurisprudencial de la teoría general de la complicidad.

96. En muchas otras legislaciones se limita la complicidad a los actos anteriores o concomitantes respecto del acto principal. No se reconoce la complicidad mediante actos subsiguientes. Este acto se erige en infracción autónoma. El Código Penal de la República Federal de Alemania limita la complicidad a la instigación o a la ayuda para delinquir, es decir a los actos anteriores o concomitantes. El Código Penal yugoslavo de 1951 (art. 265), el de la República Democrática Alemana (art. 234), y el de Hungría (art. 184) consideran el encubrimiento como una infracción distinta.

b) *Contenido ampliado*

97. Esta complicidad en sentido amplio tiende especialmente a englobar hechos posteriores al acto principal, en lugar de convertirlos en infracciones autónomas. Igor Andrejew indica que algunos autores soviéticos se pronuncian a favor de la noción de «contacto» con la infracción. Según esta doctrina, toda actividad intencional relacionada con una infracción que se está cometiendo o que ya ha sido perpetrada por otras personas, puede constituir un caso de complicidad: de este modo, todo acto que obstaculice la prevención o el descubrimiento de la infracción entra en esta categoría. Pero el contacto puede revestir cuatro formas diferentes: el encubrimiento del autor, la omisión del deber de denunciar los hechos, el consentimiento y el ocultamiento de bienes[47].

98. El derecho angloamericano reconoce, junto con el acto accesorio anterior a la infracción —*accessory before the fact*— el acto accesorio posterior a la infracción —*accessory after the fact*—. Esta última figura constituye una forma de complicidad ampliada, utilizada, como se comprobará, por la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg y la de los tribunales aliados. En otros sistemas jurídicos se integra también en la complicidad la noción de *autor intelectual*. Según estos sistemas, ciertas formas de participación, tales como la instigación o la concepción del acto o incluso a veces la orden emitida a tales fines, en las que no existe participación material, se consideran como complicidad.

99. Puede comprobarse, mediante estos elementos de derecho comparado, cuán difícil es en derecho interno dotar de contenido a la noción de complicidad. Según las legislaciones, la frontera entre las nociones de autor, coautor, cómplice y encubridor se desplazan y afectan de ese modo el contenido de la complicidad. En consecuencia, existe un contenido amplio y un contenido restringido de la noción de complicidad. El cómplice se puede confundir tanto con el coautor como con el autor intelectual e incluso con el encubridor. En algunos casos el cómplice es únicamente el instigador, o el que ha proporcionado ayuda o asistencia para perpetrar el acto criminal.

2. La complicidad en el derecho internacional

100. En el derecho internacional el concepto de cómplice puede tener un sentido restringido o amplio, según los casos.

a) *Contenido restringido*

101. El contenido restringido parece resultar de los estatutos de los tribunales militares internacionales. El estatuto de Nuremberg distinguía entre «los dirigentes, organizadores, provocadores o cómplices», en el último apartado del artículo 6. El estatuto de Tokio distinguía entre «los jefes, organizadores, instigadores y cómplices», en el apartado *c* del artículo 5. La ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado distinguía, en el párrafo 2 de su artículo II, las siguientes categorías de inculpados:

a) los *autores* de un crimen;

b) los *cómplices* en la ejecución de un crimen o que lo han *ordenado* o *facilitado;*

c) los que lo han *consentido*;

d) los que han *participado* en *planes* o en empresas relacionadas con la ejecución de un crimen;

e) los que han sido *miembros* de cualquier organización o grupo implicados en la comisión de un crimen;

f) los que han *ocupado*, especialmente en lo que se refiere a los crímenes previstos en el párrafo 1, apartado *a*, es decir los crímenes contra la paz, una *alta posición política, civil o militar*, o *un puesto importante* en la vida financiera, industrial o económica.

102. Una observación salta inmediatamente a la vista: los textos parecen distinguir entre la complicidad y ciertas nociones aproximadas. De este modo, en el estatuto de Nuremberg se establecía una distinción entre los cómplices y los dirigentes, los organizadores, e incluso los provocadores; en el estatuto de Tokio se distinguía también entre los cómplices, los jefes, los organizadores y los instigadores. Por su parte, la ley N.° 10 establecía del mismo modo varias categorías de autores en las que la figura del cómplice quedaba separada de los individuos que habían «ordenado o facilitado» los actos delictivos, o los «habían consentido», o aquellos que habían ocupado respecto de ciertos crímenes (especialmente los crímenes contra la paz) «un alto cargo político, civil o militar o un puesto importante en la vida financiera, industrial o económica».

103. Cabe preguntarse ante la lectura de esos textos en qué consiste la complicidad. En efecto, ¿cómo definir a un cómplice que no sería ni el instigador, ni el provocador, ni el que ha ordenado, dirigido u organizado la comisión de los hechos, ni el que los ha consentido? La complicidad tal vez se circunscribiría exclusivamente en este contexto a la *ayuda* o a la *asistencia* o a la *facilitación de medios* que son los únicos elementos no previstos expresamente como figura distinta de la complicidad.

104. En realidad, los autores de estos textos estaban más animados por un espíritu de eficacia que por consideraciones de rigor jurídico o de racionalidad. El empleo de términos y expresiones variados, que a veces son sinónimos, se confunden entre sí y se superponen, se explicaba por el deseo de no dejar ningún hecho sin castigo. En una época en que la criminalidad había adoptado las formas más variadas, sutiles e insidiosas, no había que dejar resquicio alguno que propiciara la escapatoria o el subterfugio, ni olvidar ningún aspecto de una situación tan compleja. Era difícil determinar a la sazón en qué capacidad había actuado un individuo. A menudo las personas más responsables, las situadas en niveles más altos de la jerarquía, las que concebían los crímenes y ordenaban su ejecución, no eran los autores materiales y era difícil considerarlos como cómplices y a sus subordinados como autores principales. En el contexto de la época, la criminalidad de grupo era la característica dominante y era difícil de distinguir a los autores principales de los cómplices, e incluso, en términos generales, de todos los que habían participado en una acción masiva.

105. No es menos cierto que al calificar de manera autónoma las diversas formas de participación, los tex-

[47] I. Andrejew, *Le droit pénal comparé des pays socialistes*, París, Pedone, 1981, págs. 61 y 62.

tos limitaban de este modo el contenido de la complicidad propiamente dicha.

b) *Contenido ampliado*

i) *La complicidad del superior jerárquico*

106. En algunas legislaciones internas no se había dudado, en ciertas hipótesis, en extender la complicidad a los superiores jerárquicos, ampliando así el contenido de la noción. Se estimaba que estos dirigentes habían *organizado* el acto criminal y lo habían *tolerado* o incluso que lo habían *concebido*, ampliando de este modo el concepto de complicidad para incluir al autor intelectual.

107. Así, por ejemplo, en el artículo 4 de la Ordenanza francesa de 28 de agosto de 1944, relativa a la represión de los crímenes de guerra, se dispone lo siguiente:

> Cuando se enjuicie a un subordinado como autor principal de un delito de guerra y sus superiores no puedan ser enjuiciados como coautores, serán considerados *cómplices** en la medida en que hayan *organizado** o *tolerado** los actos delictivos de sus subordinados.

Una disposición análoga figura en el artículo 3 de la ley luxemburguesa de 2 de agosto de 1947:

> [...] podrán ser enjuiciados según las circunstancias, como coautores o *cómplices** de los crímenes y delitos enunciados en el artículo 1 de la presente ley, las siguientes personas: los superiores en grado que hayan tolerado las actividades delictivas de sus subordinados y las personas que, sin ser superiores en grado a los autores principales, hayan participado en estos crímenes o delitos.

Del mismo modo, en los Países Bajos, la ley de 10 de julio de 1947, relativa al juicio de las personas culpables de crímenes contra la humanidad, dispone en el párrafo 3 del artículo 27:

> Cualquier superior que permita deliberadamente a un subordinado cometer tal delito será castigado con una pena similar a la establecida en los párrafos 1 y 2.

La Ley constitucional griega N.° 73, de 8 de octubre de 1945, relativa al proceso y al castigo de los criminales de guerra, dispone en su artículo 4:

> Cuando un subordinado sea acusado como autor principal de un delito de guerra, y no se pueda castigar a sus superiores en grado como autores principales, de conformidad con los artículos 56 y 57 del código penal, dichos superiores serán considerados cómplices en caso de haber *organizado** el hecho delictivo o haberlo *tolerado** de parte de sus subordinados.

El artículo 9 de la ley china de 24 de octubre de 1946, relativa al juicio de los criminales de guerra, dispone lo siguiente:

> Las personas que desempeñan un cargo de inspección o de mando en relación a los delincuentes de guerra y que en esa calidad no hubieren cumplido con su deber de impedir la perpetración de delitos por parte de sus subordinados serán consideradas *cómplices** de dichos delincuentes de guerra.

108. Se desprende de esas disposiciones que la noción de complicidad podría abarcar hechos consistentes en organizar, dirigir, ordenar o tolerar. Esta ampliación de la complicidad se basa en la presunción de responsabilidad que recae sobre el superior jerárquico. Su supone que el superior está informado de todas las actividades de sus subordinados, y el hecho de no impedir un acto o un proyecto criminal equivale a la complicidad.

109. La jurisprudencia también abunda en el mismo sentido. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el *Asunto Yamashita*, había rechazado una petición de *habeas corpus* del General japonés Yamashita, en los siguientes términos:

> Se ha sostenido que en la acusación no se alega que el procesado ha cometido *tales actos** o ha dirigido la realización de los mismos y que, en consecuencia, no se le acusa de ninguna infracción punible. Pero este punto de vista pasa por alto el hecho de que el fundamento de la acusación es el incumplimiento antijurídico por el acusado del deber que le incumbía como jefe de ejército de controlar las operaciones del personal a sus órdenes al «permitirles que cometan» las numerosas y generalizadas atrocidades. Por consiguiente, se trata de determinar si el derecho de guerra impone a un comandante en jefe del ejército la obligación de tomar las medidas adecuadas que estén a su alcance para controlar a las tropas bajo su mando, a fin de prevenir los actos concretos que constituyan violaciones del derecho de guerra que pueden ocurrir durante la ocupación de un territorio enemigo por fuerzas militares no controladas, y si se le puede hacer responsable por no haber adoptado tales medidas cuando, como resultado de dicha omisión, se hayan producido violaciones[48].

La respuesta de la Corte fue afirmativa. Existe una presunción de complicidad del superior jerárquico cuyos subordinados han cometido un acto criminal. El superior debe demostrar que no le fue posible impedir la comisión del crimen.

110. Esta presunción se había extendido a los miembros del Gobierno. Según el fallo del Tribunal de Tokio, la responsabilidad respecto de los prisioneros de guerra incumbía no sólo a los funcionarios que ejercían una supervisión directa e inmediata sobre las personas sino también, de manera general, a los miembros del Gobierno, a los oficiales del ejército o de la marina que mandaban las unidades encargadas de la vigilancia de los prisioneros de guerra, y a los funcionarios de los servicios encargados del bienestar de los prisioneros, pues: «Es deber de *todos** los responsables asegurar el trato adecuado de los prisioneros e impedir que se les someta a malos tratos»[49]. El incumplimiento de este deber, bien sea por abstención voluntaria o por negligencia, hace a los superiores cómplices de los crímenes que pudieran cometerse.

111. Del mismo modo, en el *Asunto de los rehenes*, el tribunal militar norteamericano había declarado que «el comandante de un cuerpo de ejército debe ser tenido por responsable de los actos cometidos por sus subordinados en la ejecución de sus órdenes y de los actos de los que tenía conocimiento o de los que *debería haber tenido conocimiento**[50].

112. La complicidad concebida en estos términos es, en relación con la complicidad prevista en los estatutos de Nuremberg y de Tokio o de la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado, una complicidad ampliada que va más allá de la ayuda o la asistencia. En la actualidad, esta forma de complicidad constituye un delito autónomo, de conformidad con el artículo 86, párrafo 2, del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

ii) *Complicidad y ocultamiento de bienes*

113. El concepto de complicidad se ha ampliado a veces para incluir el ocultamiento de bienes, en especial en

[48] *Law Reports of Trials of War Criminals* (*op. cit.*, nota 36 *supra*), vol. IV, pág. 43; y *United States Reports*, Washington (D.C.), 1947, vol. 327, págs. 14 y 15.

[49] *Law Reports of Trials...*, vol. XV, pág. 73.

[50] American Military Tribunals (véase nota 32 *supra*), asunto N.° 7, vol. XI, pág. 1303.

relación con los casos de apropiación ilegal o de liquidación de bienes que habían pertenecido a los judíos exterminados. En el *Asunto Funk*, el acusado, en su calidad de Ministro de Economía Nacional del III Reich y Presidente del Reichsbank, había concertado un acuerdo en virtud del cual las SS debían entregar al banco estatal las joyas, objetos de oro y billetes de banco extraídas a las víctimas. El oro procedente de las monturas de los lentes y de las dentaduras postizas se depositaba en los sótanos del Reichsbank. Según el Tribunal de Nuremberg: «Funk ha afirmado que no tenía conocimiento alguno de estos depósitos. El Tribunal estima no obstante que, o bien había tenido conocimiento de todas las entregas que recibía el Reichsbank, o cerraba deliberadamente los ojos para ignorar lo que sucedía»[51]. Había consentimiento explícito o implícito de hechos de ocultamiento de bienes indebidamente adquiridos por el banco, con posterioridad a la muerte de su legítimo propietario.

114. La jurisprudencia en relación con el *Asunto Pohl* es todavía más explícita. En su fallo, el tribunal militar norteamericano había declarado: «El hecho de que Pohl no hubiera transportado él mismo los bienes robados, ni arrancado personalmente los dientes de los cadáveres de los internados en campos de concentración, no le exime de responsabilidad en absoluto. Se trataba de un vasto programa criminal que exigía la cooperación de muchas personas, y el papel de Pohl era asegurar la vigilancia y la contabilidad del botín [...] conociendo los fines ilícitos de la acción y los crímenes que la acompañaban, su participación activa, incluso en las fases posteriores de la acción, le convierte en *particeps criminis* en todos los aspectos de la empresa criminal»[52].

iii) *La complicidad y la calidad de miembro de un grupo o de una organización*

115. En el seno de una organización no todos los miembros desempeñan la misma función. Existe una jerarquía interna de jefes y subordinados, organizadores y ejecutores. Reclasificar estas dos categorías en autores principales y cómplices no es fácil, como se acaba de comprobar al estudiar las relaciones de la complicidad con la calidad de jefe o superior jerárquico. También se les podría dividir en autores materiales y autores intelectuales, en autores directos y en autores indirectos.

116. Pero en este contexto lo que se tipifica como delito es un acto de naturaleza diferente. Se trata de la *adhesión* voluntaria a la organización, o la *participación* voluntaria en un grupo. En vez de buscar vanamente, en el seno de un grupo u organización, quién es el autor y quién es el cómplice, la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado, en el párrafo 2, apartado *e*, de su artículo II, configura la calidad de miembro de un grupo o de una organización como infracción autónoma desde el momento mismo en que la entidad de que se tratare estuviera implicada en un asunto criminal. La condición necesaria y suficiente es la calidad de miembro de un grupo o de una organización.

117. La Comisión deberá examinar la cuestión de si el código debe seguir los pasos de la ley N.° 10 y del estatuto de Nuremberg, configurando la calidad de miembro como una infracción distinta o, por el contrario, si debe remitirse a la teoría general de la participación, dejando que sea el juez quien decida, en cada caso concreto, el papel desempeñado por el miembro de la organización.

B.—Los límites de la complicidad ampliada: el complot y la *conspiracy*

118. Nos encontramos aquí en los confines de la complicidad, el complot y la *conspiracy*. La situación descrita se prevé en el último apartado del artículo 6 del estatuto de Nuremberg que se refería especialmente a «los cómplices que han participado en la elaboración o en la ejecución de un *plan concertado** de un complot». Según esta disposición, las personas que hubieran participado en dicho plan «son responsables de todos los actos realizados *por todas las personas** en la ejecución de este plan». En la ley N.° 10 figura, en el párrafo 2, apartados *d* y *e*, del artículo II, una situación análoga.

119. Cabe señalar que la responsabilidad penal, en esta hipótesis, es especialmente amplia ya que excede el hecho personal. Se trata de una responsabilidad colectiva que va incluso más allá de la noción de complot tal como se conoce en el derecho continental europeo. En el derecho francés, por ejemplo, el complot se considera como una infracción autónoma y se castiga como tal. Si el complot va seguido de un inicio de ejecución, se considera como una circunstancia agravante que aumenta la pena correspondiente. Pero, en cualquier caso, se trata de una responsabilidad individual. Por otra parte, esta figura delictiva se limita estrictamente a los actos que pudieran atentar contra la autoridad del Estado o la integridad del territorio nacional o provocar una guerra civil.

120. En el caso del último apartado del artículo 6 del estatuto de Nuremberg, o del artículo II, párrafo 2, apartados *d* y *e*, de la ley N.° 10, la infracción prevista se basa, según se ha indicado, en una responsabilidad colectiva y no está subordinada al comienzo de la ejecución. Además, no se limita, al menos en el estatuto de Nuremberg, a una sola categoría de crímenes, sino a todos los crímenes previstos por el estatuto: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Bien es cierto que el Tribunal de Nuremberg no había retenido esta concepción amplia y había limitado la aplicación de la noción a los crímenes contra la paz. Las disposiciones del estatuto iban mucho más lejos.

121. Las reservas de la jurisprudencia de Nuremberg se explican por el hecho de que las disposiciones de que se trata se inspiraban en una noción típica de *common law*, característica de este sistema jurídico, que se denomina *conspiracy*. La *conspiracy* es una construcción original que penaliza el acuerdo entre individuos para cometer un acto delictivo. La esencia de esta figura delictiva es el acuerdo mismo, independientemente del acto criminal que pudiera haberse cometido como resultado de la conspiración para delinquir. El acuerdo para cometer un asesinato se castiga incluso si el asesinato no

[51] Véase *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg (Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946)*, Nuremberg, 1947-1949, vol. I, pág. 326; citado en Meyrowitz (*op. cit.*, nota 9 *supra*), pág. 377.

[52] American Military Tribunals (véase nota 32 *supra*), asunto N.° 4, vol. V, pág. 989.

ha sido cometido e incluso aunque no se haya pasado a la fase de ejecución. Esta infracción se basa en el principio de responsabilidad colectiva. Contrariamente al principio general del derecho penal, según el cual el individuo sólo responde de sus propios actos y de los hechos que se le puedan atribuir personalmente, la *conspiracy* crea una responsabilidad penal colectiva para todos los que han participado en el acuerdo. Esta responsabilidad se superpone a la incurrida personalmente por cada individuo por los actos que haya cometido realmente en el marco de este acuerdo. Es esta noción de *conspiracy* la que ha inspirado la redacción de los textos que se acaban de mencionar y sobre ella se basaba la acusación.

122. El Tribunal de Nuremberg no había seguido la tesis del Ministerio Fiscal y había estimado que la fórmula del último apartado del artículo 6 «no tenía por objeto añadir una infracción distinta a los crímenes anteriormente enumerados, [sino únicamente] determinar las personas responsables por su participación en un plan concertado»[53]. E incluso en esta hipótesis, el Tribunal había descartado la acusación de *conspiracy* para los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y solamente la había retenido para los crímenes contra la paz. En otros términos, el Tribunal había configurado un crimen de gobernantes, y únicamente de gobernantes, pues sólo ellos podían perpetrar crímenes contra la paz.

123. El Fiscal General Jackson había pedido, no obstante, la aplicación más amplia posible de la noción de *conspiracy*, de la que había presentado una exposición impresionante y sistemática. Entre los principios aplicados cotidianamente por los tribunales de Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América en relación con el complot, los que se citan a continuación tienen especial importancia:

> No es necesario que la conspiración para delinquir haya surgido de una reunión o de un acuerdo efectivo. Basta con que las personas hayan podido desempeñar papeles diferentes, o hayan emprendido una acción concertada y colaborado estrechamente en el objetivo de realizar una tarea común.
>
> En segundo lugar, una persona puede ser responsable sin haber incluso conocido a los otros conspiradores, o sin haber tenido conocimiento exacto del papel que éstos desempeñaban o los actos que realizaban; del mismo modo puede procesarse a una persona incluso si no ha participado personalmente en actos criminales o si se encontraba ausente en el momento en que dichos actos fueron perpetrados.
>
> En tercer lugar, cabe endosar la responsabilidad de los otros conspiradores, aunque los actos cometidos por ellos no hayan sido previstos ni queridos, si se han producido en el curso de la ejecución del plan concertado.
>
> En cuarto lugar, para ser responsable no es necesario haber sido miembro de la conspiración en el mismo momento en que los demás participantes, o en el mismo momento de ejecución del acto criminal. Cuando una persona pasa a ser miembro de una conspiración de esa índole, adopta y ratifica todo lo que se ha realizado anteriormente y esta responsabilidad sigue vigente hasta que se abandona la conspiración, notificándolo a los cómplices.
>
> Naturalmente, los miembros de organizaciones criminales o de conspiraciones que cometen personalmente crímenes deben responder a título individual, exactamente del mismo modo que quienes cometen las mismas infracciones sin el apoyo de una organización. La esencia misma del crimen de *conspiracy* o de pertenecer a una organización criminal consiste en la responsabilidad por actos que una persona no comete personalmente pero que facilita o alienta. El crimen reside en el hecho de vincularse a otros para participar en un esfuerzo común ilegal, por muy lícitos que parezcan ser los actos personales de un participante si se les considera por separado[54].

El Fiscal General explicó que estos principios generales hallaban su base y su justificación en la defensa de la sociedad, que no podría sobrevivir frente a la «acumulación de poder por parte de asociaciones de individuos».

124. El sistema así descrito reposa, pues, en la base de una doble responsabilidad, individual y colectiva, que no se excluyen mutuamente sino que coexisten. Esta noción de *conspiracy*, desconocida en el derecho continental, no coincide exactamente con ninguna noción existente en ese derecho. No cabe equipararlos con la complicidad ni con el complot. Se asemeja a la complicidad en el sentido de que los participantes «facilitan o alientan» la comisión del acto criminal, tal como señaló el Fiscal General. Pero se aproxima al complot en la medida en que se trata de un *acuerdo* con miras a ejecutar un plan concertado.

125. Al no retener la noción de *conspiracy* más que para los crímenes contra la paz, y al descartarla para los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el Tribunal de Nuremberg parece haber retenido únicamente el aspecto de «complot» de la noción. En efecto, en la esfera de los crímenes contra la paz tal como se les definía en el estatuto de Nuremberg (preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados o acuerdos internacionales, participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de estos crímenes), los agentes, como se ha señalado anteriormente, sólo pueden ser los *gobernantes*, vinculados entre ellos por una relación de actividad concertada. Son coautores y no cómplices, y su acción se analiza en el contexto de un complot contra la seguridad exterior de otro Estado.

126. Sin embargo, cabe preguntarse si la *conspiracy*, que se asemeja al complot, no guarda cierta similitud con la complicidad. En efecto, el mismo Fiscal General Jackson, había empleado la expresión «facilitar y alentar» respecto de la noción de *conspiracy*, expresión que entra en la definición de la complicidad. En realidad, parece que la *conspiracy* incluye la idea de complicidad cuando el plan se ejecuta en el seno de una organización que implica relaciones de jerarquía entre los jefes y los ejecutores, pues en este caso puede existir complicidad entre los jefes y los subordinados. A juicio de Claude Lombois[55], la *conspiracy*, como crimen contra la paz, presupone una responsabilidad colectiva basada en la solidaridad de los gobernantes. Como crimen de guerra o crimen contra la humanidad, la *conspiracy* se convierte en una teoría general de la participación criminal que «permite hacer responsables tanto a los que han concebido el plan general como a quienes han ejecutado los detalles de ese plan». De este modo, la *conspiracy* puede incluir tanto actos principales (agresión) como actos de complicidad (ejecución de una orden).

127. En cuanto a la cuestión de los límites de la complicidad, se trata de saber si la complicidad, incluso en su aspecto ampliado, debe extenderse a los actos co-

---

[53] *Procès des grands criminels de guerre...* (*op. cit.*, nota 51 *supra*), vol. I, pág. 238; citado en Meyrowitz (*op. cit.*, nota 9 *supra*), pág. 426.

[54] *Procès des grands criminels de guerre...*, vol. VIII, págs. 366 y 367; citado en Meyrowitz, págs. 427 y 428.

[55] C. Lombois, *Droit pénal international*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1979, pág. 155.

metidos por un miembro de una organización, si debe aplicarse también a los actos cometidos en ejecución de un plan concertado o si debe sancionarse directamente, como infracción distinta, el hecho de ser miembro de una organización delictiva o incluso el hecho de participar en un plan concertado.

128. El derecho interno prevé casos en que estas infracciones tienen carácter autónomo. Por ejemplo, en el derecho francés independientemente del complot que se refiere a los atentados contra la autoridad del Estado, existe la asociación de malhechores que se refiere a las infracciones contra las personas y los bienes. Estas infracciones son autónomas, se crean en virtud de una ley y no son el resultado de una construcción jurisprudencial basada en la teoría de la complicidad. En términos generales parecería que cuando la infracción presenta ciertos caracteres particulares (preparación o ejecución en el marco de una *organización* o de un plan *concertado*), esta circunstancia mueve al legislador nacional a constituirla en infracción autónoma, incluso aunque hubiera podido ser sancionada sobre la base de la complicidad.

129. Los estatutos de los tribunales militares internacionales habían hecho lo mismo, distinguiendo los actos de complicidad de aquellos actos cometidos en el marco de una organización.

130. Por su parte, el proyecto de código de 1954 había retenido únicamente la complicidad, por una parte, y el complot, por la otra, sin definir su contenido. Además, no había incorporado ninguna disposición relativa a la calidad de miembro de una organización, ni a la participación en un plan concertado. Corresponderá a la Comisión discutir este punto.

131. Si la Comisión decidiera atenerse al procedimiento seguido en 1954, es decir, tipificar la complicidad sin definirla, sería preciso indicar en un comentario el contenido que debería tener esta noción en derecho internacional: instigación, ayuda, asistencia, facilitación de medios, emisión de órdenes, consentimiento expreso o tácito, actos de participación subsiguiente tendientes a ocultar al delincuente o hacer desaparecer el cuerpo del delito. Estas nociones, a juicio del Relator Especial, deberían formar parte del contenido de la complicidad. En otras palabras, la complicidad debe ampliarse y concebirse en su sentido amplio. La necesidad de hacerla extensiva a la calidad de miembro de una organización o a la participación en un plan concreto, por el contrario, debe ser objeto previamente de un debate a fondo. Aunque en principio la responsabilidad penal se base en actos individuales, identificables y atribuibles a un autor determinado, no hay que olvidar que se trata aquí de una esfera en que la mayoría de las acciones se emprenden o se realizan en régimen de participación. Los grupos y las organizaciones son los medios privilegiados para realizar crímenes de carácter masivo, como lo son a menudo los crímenes de que aquí se trata, y resulta a veces difícil individualizar el papel de cada uno de los participantes. Conviene desalentar a estas organizaciones que son un foco de anonimato criminal. Si la Comisión decidiera no tipificar estos fenómenos como infracciones distintas, entrarían entonces en la esfera de la complicidad ampliada, y esta teoría podría abarcar, tal vez, las situaciones consideradas. Es interesante hacer observar a este respecto que la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio menciona expresamente en el apartado *b* del artículo III «la asociación para cometer genocidio», que equivale típicamente a una aplicación de la teoría de la *conspiracy*. La dificultad de los problemas que se tratan en este capítulo dimana del hecho de que se trata de nociones que no están netamente definidas. La complicidad y el complot difieren indudablemente en el plano conceptual, ya que en el complot existe siempre una cierta relación entre los autores.

C.—La tentativa

132. El proyecto de código de 1954 penaliza la tentativa pero, de nuevo, sin indicar el contenido de esta noción. Surge la cuestión de si debe considerarse que en derecho penal internacional, y especialmente en los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la tentativa tiene el mismo contenido que en el derecho interno.

1. Contenido en derecho interno

133. En derecho interno el contenido de la tentativa no resulta siempre fácil de precisar. Si bien es evidente que la tentativa se caracteriza por toda empresa criminal que no produce los efectos deseados, debido a circunstancias independientes de la voluntad del autor, existen fuertes controversias sobre la cuestión de determinar el momento a partir del cual comienza la tentativa, es decir, cuál es su punto de partida.

134. Usualmente la génesis del crimen progresa en fases. El *iter criminis*, «la ruta del crimen» o «la trayectoria del crimen», comprendería cuatro etapas sucesivas: la fase del proyecto, que puede ser verbal o por escrito; la fase preparatoria, que puede concretarse mediante actos (organización, planes, ubicación del material necesario para la ejecución, etc.); el comienzo de la ejecución; y, finalmente, la realización. El problema es determinar a partir de qué fase comienza la tentativa. Este problema se asemeja en cierto modo a la cuadratura del círculo. Siguiendo las tendencias que le son propias, algunos autores consideran que la tentativa aparece desde el momento de la intención. Por el contrario, otros consideran que la tentativa nace con los actos preparatorios, mientras que según otras teorías la tentativa surge en el momento de iniciar la ejecución.

135. Es sin duda excesivo adscribir a una simple intención, e incluso aunque se exprese públicamente, el grado de tentativa. Bien es cierto que en algunas legislaciones simples expresiones de voluntad (la amenaza, asociación de malhechores, complot, etc.) se consideran como crímenes distintos. Pero ello se debe a la gravedad especial de estos actos, que han sido identificados y penalizados. Pero, como regla general, una simple intención, aunque se exprese con vehemencia, no constituye tentativa.

136. Un examen de la tesis que sostiene que la tentativa se configura cuando hay actos preparatorios demuestra que tal afirmación no resulta del todo evidente. Las operaciones propias de la preparación de un acto pueden tener objetivos múltiples, y no se puede saber de antemano cuál era el objetivo previsto por el autor. Se

puede romper una cerca para impedir la propagación de un incendio, pero también para aprovecharse de este incendio y penetrar en casa ajena. Se puede romper una puerta para salvar a una persona en peligro, pero también para aprovecharse de la difícil situación de esta persona y cometer un robo, etc.

137. Cabe preguntarse entonces si es el comienzo de la ejecución lo que tipifica la tentativa. Esta es la solución adoptada, en especial, por el Código Penal francés que considera como tentativa todo comienzo de ejecución que no ha producido sus efectos o ha sido suspendido por circunstancias independientes de la voluntad de su autor. Pero todavía es preciso saber en qué consiste el comienzo de la ejecución. No es fácil distinguir entre el comienzo de la ejecución y los actos preparatorios. En algunos casos se recurrirá a criterios objetivos: la reunión material de medios para cometer el crimen, por ejemplo, constituye un acto preparatorio, pero cuando «se utilizan los medios», nos encontramos en la fase del comienzo de la ejecución. Otros comentaristas se rigen por criterios subjetivos: la intención de hacer uso de los medios necesarios para perpetrar el crimen.

138. Algunas legislaciones internas no experimentaron, en principio, problemas ante estas sutilezas. De este modo, el derecho soviético, en los *Principios rectores del derecho penal de la RSFSR* (1919), precisa expresamente que «la fase de la realización de la intención del autor no influye, de por sí, en la medida de la sanción penal que está determinada por el grado de peligrosidad del delincuente» (art. 20) «y el acto que ha perpetrado» (art. 21). En una circular sobre el proyecto de código de 1920, se indicaba que: «las formas exteriores de la realización del acto, el grado de realización de la voluntad, las formas de complicidad en la violación de la ley pierden su significado de límites que definen necesariamente la gravedad de la pena o su imposición misma». Actualmente, en los *Fundamentos de la legislación penal de la URSS y de las Repúblicas Soviéticas* (1958) se prevé la penalización de la tentativa por una parte, y de los actos preparatorios, por otra parte, y el tribunal debe tomar en consideración «el carácter y el grado de peligrosidad social de los actos cometidos por el autor, el grado de realización de la intención criminal y las causas que han impedido la perpetración de la infracción» (art. 5)[56].

139. En cuanto a la penalización de la tentativa, los países socialistas se reparten en tres grupos. Un primer grupo lo integran aquellos países que tienen como principio general la penalización de la tentativa y los actos preparatorios. Además de la URSS, principalmente Albania, Checoslovaquia, Polonia y la República Popular Democrática de Corea. Un segundo grupo de países penaliza la tentativa en general, pero los actos preparatorios solamente en los casos previstos por la ley. Por ejemplo, en el Código de Bulgaria (art. 17), el Código de Hungría (art. 11, apartado 1). Un último grupo sólo penaliza la tentativa y los actos preparatorios en los casos previstos por la ley. De este modo, el Código Penal yugoslavo de 1951 (art. 16) y el Código del mismo país de 1976 (art. 19) castigan la tentativa de las infracciones con una pena de cinco o más años de prisión[57].

[56] Véase Andrejew (*op. cit.*, nota 47 *supra*), pág. 60.

[57] *Ibid.*, págs. 60 y 61.

140. Es ésta una solución semejante a la adoptada en el Código Penal francés que establece como norma general que la tentativa sólo resulta punible cuando se trata de crímenes, pero que para los delitos la tentativa sólo puede penalizarse mediante los casos previstos por la ley.

141. Se puede comprobar de este modo la variedad de sistemas. En cuanto al contenido, ciertas legislaciones distinguen entre la tentativa y los actos preparatorios, y cada una de estas dos categorías son objeto de disposiciones distintas. Otras legislaciones no establecen la distinción y sólo penalizan la tentativa cuando se trata de infracciones graves; otras penalizan la tentativa, sin distinguir entre las infracciones graves y las demás infracciones. Sin embargo, todas conocen la tentativa como noción jurídica.

2. Contenido en derecho internacional

142. En la esfera de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el problema resulta más delicado. En el proyecto de código de 1954 se habían configurado los actos preparatorios y la tentativa como dos crímenes distintos.

143. Suponiendo que se mantengan ambas infracciones, la distinción entre el acto preparatorio y la tentativa será todavía más delicada. En efecto, muchos actos preparatorios son actos *equívocos*, que pueden también interpretarse como actos en preparación de una defensa, además de actos preparatorios de la agresión. Su licitud depende de la intención y ésta no siempre es fácil de dilucidar. La frontera entre la tentativa y la preparación será confusa y, a menudo, imposible de identificar.

144. Si la Comisión no retiene el concepto de actos preparatorios, la dificultad seguirá subsistiendo. Pero no hará falta, como en el caso anterior, establecer la línea de separación entre dos actos ilícitos, sino entre lo lícito y lo ilícito. La esfera de la tentativa puede ser más o menos amplia según la jurisdicción que habría que examinar, en cada caso, si determinado acto reúne o no los requisitos de la tentativa. Los estatutos de los tribunales militares internacionales no habían previsto la tentativa. ¿Acaso en el ánimo de sus autores la tentativa se confundía con el acto preparatorio? No cabe afirmarlo taxativamente. Por el contrario, cabe suponer que, tratándose de textos de circunstancias, redactados en función de las necesidades de represión de los actos cometidos por un régimen, no había necesidad de prever un crimen que tenía pocas posibilidades de producirse. En efecto, las acciones abortadas, es decir las empresas criminales que no producen sus efectos por causas independientes de la voluntad de sus autores, eran raras en este régimen de dictadura brutal y de supremacía que no había hallado, durante algún tiempo, obstáculo alguno que pudiera oponerse a sus designios. Sin embargo, la tentativa sólo existe si la empresa se ha visto contrarrestada por un acontecimiento independiente del autor.

145. En la actualidad la tentativa se ha introducido en el derecho internacional por conducto de la Convención sobre el genocidio, de 1948, en cuyo apartado *d* del artículo III se prevé expresamente esta infracción.

PARTE IV

Principios generales

146. Los principios generales pueden clasificarse según se refieran a:

a) La naturaleza jurídica del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad;

b) La calidad del delincuente;

c) La aplicación de la ley penal en el tiempo;

d) La aplicación de la ley penal en el espacio;

e) La determinación o el alcance de la responsabilidad.

A.—Principios relativos a la naturaleza jurídica de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

147. No es necesario explayarse mucho respecto de este título pues su contenido está ya fijado en los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, que la Asamblea General confirmó en su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946. Se trata de crímenes de derecho internacional, definidos directamente por el estatuto de Nuremberg, con independencia del derecho nacional. Como consecuencia, la circunstancia de que un acto sea o no punible por el derecho interno no afecta al derecho internacional, que aplica en esta materia sus propios criterios, nociones, definiciones y requisitos.

B.—Principios relativos al delincuente internacional

1. El delincuente sujeto de derecho internacional

148. No volveremos a referirnos aquí a la polémica, reflejada en los informes precedentes, entre partidarios y adversarios de la responsabilidad penal del Estado. La Comisión ha decidido que, por el momento, se limitará a la responsabilidad penal del individuo y que, en consecuencia, toda persona culpable de haber cometido un crimen de derecho internacional está sujeta a una sanción.

2. El delincuente como persona

149. Los derechos del delincuente son los de toda persona que comparezca ante un tribunal penal en razón de una infracción. Con arreglo a este principio, la persona acusada de un crimen goza de las garantías de jurisdicción reconocidas a toda persona, como lo prevé particularmente el estatuto de Nuremberg (art. 16), el estatuto de Tokio (art. 9), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11, párr. 1) y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (art. 6, párr. 2).

C.—Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el tiempo

150. Se trata de dos principios, el de la irretroactividad de la ley penal y el de la prescriptibilidad de la ley penal. La interrogante consiste en determinar cómo se aplican en derecho internacional estos dos principios de derecho interno.

1. La irretroactividad de la ley penal

a) *Contenido de la norma*

151. La norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* puede tener diverso contenido según cuáles sean las fuentes de derecho que se invoquen.

152. Según la concepción legalista, que siguen ciertos sistemas jurídicos, no hay más ley que la escrita. Para esta escuela, el sistema de derecho basado en la costumbre necesariamente desconoce el principio *nullum crimen sine lege* pues la costumbre no es una ley, tal como no lo son los principios generales, el derecho natural, las normas de conducta ni los preceptos morales o filosóficos. Esta estricta concepción tiene su origen y justificación en una ruptura con las prácticas, a menudo arbitrarias, del antiguo régimen.

153. La norma *nullum crimen sine lege*, nacida en Francia en la época de la revolución, se extendió en Europa continental. Por más que haya desaparecido por un tiempo en algunos países (en Alemania, por ejemplo, bajo el régimen nacionalsocialista a raíz de la aplicación en 1935 del artículo 2 del Código Penal que consagraba el «buen instinto del pueblo» como fuente de derecho penal) o sufrido ciertas excepciones en razón del recurso a la interpretación por analogía, ha seguido siendo un principio fundamental del derecho penal europeo y de los sistemas jurídicos que se han inspirado en él. En 1920, los Países Bajos, al negarse a entregar al ex Emperador de Alemania, Guillermo II, a los aliados, declararon que: «si en el futuro la Sociedad de las Naciones instituyera una jurisdicción internacional competente para juzgar, en el caso de una guerra, hechos calificados como delitos sujetos a sanciones en virtud de una ley anterior a la comisión de los hechos, los Países Bajos se adherirán a ese nuevo régimen»[58].

154. Un cuarto de siglo más tarde retomó este concepto André Gros, representante de Francia en la Conferencia Internacional sobre los Procesos Militares (Londres, 1945)[59]. Partiendo del principio de que la guerra de agresión no era un acto ilícito con arreglo al derecho internacional vigente, Gros declaró:

> No queremos que se nos pueda reprochar en el futuro por haber castigado algo que realmente no era delictivo, como el hecho de haber desencadenado una guerra de agresión. [...] Se dice muy a menudo que una guerra de agresión es un delito internacional, del cual se deriva para el agresor la obligación de reparar los perjuicios causados por sus actos. Sin embargo, no hay sanción penal. Sólo hay una obligación de reparar perjuicios. Consideramos que a la larga nadie dirá que desencadenar una guerra de agresión constituye un delito internacional; en realidad, están inventando ustedes la sanción[60].

---

[58] Citado en el memorando de Pella (A/CN.4/39, párr. 61.

[59] Véase el informe Jackson citado en nota 96 *infra*.

[60] Informe Jackson, pág. 235, doc. XXXVII, acta literal de la sesión de 19 de julio de 1945; citado por Pella, A/CN.4/39, párr. 62.

155. Este punto de vista que, en el contexto del derecho internacional contemporáneo, parecería casi una herejía, no lo era a la sazón o al menos no lo era para los partidarios del derecho escrito como fuente de derecho penal. Vespasien Pella sostenía que «sólo un derecho escrito puede conservar y garantizar el orden internacional. [...] los gobiernos y la opinión pública no admitirán jamás que la voluntad soberana de algunos magistrados, por altas que sean sus funciones y por respetables que sean sus personas, pueda decidir sin estar obligada por ninguna ley escrita»[61]. En el mismo sentido iba la opinión disidente de Henri Bernard, magistrado del Tribunal de Tokio, al afirmar que «el propio estatuto del Tribunal no estaba fundado en ninguna regla de derecho existente cuando las infracciones fueron cometidas [...] en el proceso se han violado tantos principios de justicia que las sentencias del Tribunal sin duda serían anuladas por motivos jurídicos en la mayoría de los países civilizados»[62].

156. Sin embargo, esta concepción rígida no es compartida por todos. Todo depende del sentido que se dé a la palabra *lex* en el precepto *nullum crimen sine lege*. Si se entiende por *lex* no el derecho escrito sino el *derecho* en el sentido general de la acepción, el contenido del principio será más amplio y abarcará no sólo la ley escrita sino también la costumbre y los principios generales de derecho. Se ha dicho que la norma *nullum crimen sine lege* es ajena al sistema angloamericano, justamente porque se refiere exclusivamente al derecho escrito. No es cierto. El principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, se basa en la defensa del individuo contra la arbitrariedad. Sin embargo, la defensa del individuo forma parte de las tradiciones más sólidas de los países del *common law*. El hecho de que en ciertos países la norma no esté expresamente formulada no significa que sea desconocida para ellos.

157. Este elemento de flexibilidad es el que mejor se ajusta al espíritu y las técnicas de elaboración del derecho internacional. Sin embargo, en razón justamente de los debates a que ha dado lugar su contenido, la aplicación de esta norma ha sido controvertida en el proceso de Nuremberg.

b) *El principio* nullum crimen sine lege *y el proceso de Nuremberg*

158. Para algunos, el principio fue violado y, para otros, fue respetado.

i) *El principio fue violado*

159. Según una teoría, el estatuto de Nuremberg y la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado eran posteriores a los hechos delictivos. Estos hechos, al menos en el contexto de los crímenes contra la paz y contra la humanidad, no constituían infracciones penales. Para los partidarios de esta teoría, la violación de un principio era aún más flagrante en el caso de los crímenes contra la humanidad como concepto absolutamente nuevo pues databa del estatuto del Tribunal de Nuremberg. Según Henri Donnedieu de Vabres, magistrado francés en ese Tribunal, la tipificación del crimen contra la humanidad constituye un abierto atentado contra el espíritu y la letra del principio de la legalidad de los delitos y las penas[63].

ii) *El principio fue respetado*

160. Quienes sostienen que el principio ha sido respetado dan al concepto un contenido distinto. Para ellos, la regla de la irretroactividad no se limita al derecho formulado sino que comprende también el derecho natural que era preexistente a los hechos delictivos. Aunque los textos eran nuevos, el derecho en que se inspiraban no lo era. Desde este punto de vista, la sentencia tenía carácter declarativo. Tal era la tesis del Tribunal de Nuremberg, si bien la sentencia se fundaba también en consideraciones de justicia. El derecho, para poder llamarse así, debe ajustarse también a las exigencias de la justicia. Si la máxima *nullem crimen sine lege* no se limita a la soberanía de los Estados, sólo formula una norma generalmente aplicada. Es falso presentar como injusto el castigo impuesto a quienes, despreciando obligaciones y tratados solemnes, han asaltado a un Estado vecino sin aviso previo. En tal caso, el agresor conoce el carácter odioso de su acto y la conciencia del mundo, lejos de ofenderse porque se le castigue, se resentiría si no lo fuere.

161. Esta idea de justicia, más allá de la letra de la ley, ha sido el elemento determinante. En efecto, la fórmula de Cicerón *summum jus summa injuria* no podía encontrar mejor aplicación. Muchos autores la han invocado en su momento. Según el magistrado norteamericano Francis Biddle, «no se trataba de saber si era *legítimo**, sino si era *justo**, juzgar a Goering y sus congéneres por haber desencadenado sin la menor vacilación esta guerra de agresión que sumergió y casi destruyó a Europa. Planteada así la pregunta, la respuesta es evidente»[64]. Jean Graven insistía también en la idea de justicia al afirmar:

> Es erróneo pensar que ese principio, el de una justa reacción en un determinado momento o en determinadas circunstancias, sea necesariamente garantía de derecho y que se pueda hacer abstracción de él sin violar el derecho. La norma clásica no constituye ni puede constituir un obstáculo absoluto y constante para el enjuiciamiento y la sanción. Es y debe ser una garantía para el inocente, no para el criminal. El principio superior en que se anima el derecho no debe buscarse en la forma sino en el fondo. La forma, no hay que olvidar, no es más que un medio de asegurar el respeto del derecho[65].

Kelsen pensaba lo mismo cuando dijo que «la justicia exigía que esos hombres fueran sancionados a pesar de que, con arreglo al derecho positivo, no podían serlo en el momento en que cometieron los actos a los que después se hizo retroactivamente punibles. En los casos en que estos dos postulados de la justicia entran en conflicto, prevalece el postulado superior»[66].

---

[61] A/CN.4/39, párr. 66.

[62] *New York Herald Tribune* de 14 de noviembre de 1948, pág. 27; citado por Pella, A/CN.4/39, párr. 62.

[63] H. Donnedieu de Vabres, *Le procès de Nuremberg*, Cours de doctorat, París, Domat-Montchrestien, 1948, pág. 243; citado en Meyrowitz (*op. cit.*, nota 9 *supra*), págs. 350 y 351.

[64] F. Biddle, «Le procès de Nuremberg», *Revue internationale de droit pénal*, París, 19.° año, 1948, pág. 9.

[65] Debate sobre el principio *nullum crimen sine lege* y su aplicación en el proceso de Nuremberg, Radio Ginebra, 28 de enero de 1946.

[66] H. Kelsen, «Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in International Law?», *The International Law Quarterly*, Londres, vol. I, 1947, pág. 165.

c) *La irretroactividad y el derecho contemporáneo*

162. La irretroactividad en el derecho internacional contemporáneo dimana de instrumentos internacionales. El párrafo 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[67] estipula que:

> Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

La Convención europea de derechos humanos[68] repite prácticamente la misma formulación en el párrafo 1 de su artículo 7, si bien agrega en el párrafo 2 una disposición muy explícita en cuanto a los principios generales, según la cual:

> El presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

163. En conclusión, la regla *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es aplicable en derecho internacional. Sin embargo, hay que interpretar la palabra «derecho» en su sentido más lato, es decir el que incluye no sólo el derecho convencional sino también la costumbre y los principios generales del derecho.

2. La imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

164. Hay que señalar en primer lugar que en el derecho *interno* la prescripción no es una regla general ni absoluta.

165. El concepto no se tiene en cuenta en muchos ordenamientos internos. Es desconocido en el derecho angloamericano. No existía hasta hace poco tiempo en las legislaciones de países como Austria, Italia o Suiza. Apareció en el código napoleónico de Francia, como consecuencia de consideraciones de oportunidad o de política penal y se justifica por la necesidad de no reabrir juicios ya cerrados, de no reavivar emociones ni pasiones ya aplacadas.

166. Tampoco es la prescripción una norma absoluta pues, incluso en los países en que rige, tiene excepciones. Así, en Francia no es aplicable a los delitos militares graves ni a los delitos contra la seguridad nacional.

167. Por último, hay muchos que no consideran que la prescripción sea una norma de fondo sino de procedimiento. Por cierto no hay unanimidad a este respecto. Hay quienes creen que la prescripción es una norma de fondo porque se refiere a la sanción. En todo caso, la existencia misma de la polémica demuestra el carácter relativo de la norma.

168. En derecho internacional, la doctrina no reconoce la prescripción. No se encuentra en convenciones ni declaraciones anteriores o posteriores a la segunda guerra mundial. No recogen el concepto la Declaración de Saint-James de 1942, la Declaración de Moscú de 1943, ni el Acuerdo de Londres de 1945. El problema cobró carácter inquietante más tarde, en razón de las circunstancias. Después de Nuremberg, había que seguir enjuiciando a los criminales de guerra pues, de lo contrario, las normas de prescripción vigentes en ciertos ordenamientos nacionales podían constituir un obstáculo para la extradición.

169. En espera de que se preparara una convención internacional, varios países trataron de resolver el problema en su propio derecho interno. Así, en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se procedió a declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad cometidos por el régimen nacionalsocialista «cualquiera que sea el tiempo transcurrido» después de su comisión. También Polonia implantó una disposición similar en su nuevo Código Penal (de 19 de abril de 1969). En Francia, en virtud de una ley de fecha 26 de diciembre de 1964, se declaró que los crímenes contra la humanidad eran imprescriptibles por *su propia naturaleza*.

170. En otros Estados se había ampliado el plazo de prescripción o formulado distinciones entre las categorías de crímenes. En la República Federal de Alemania, por ejemplo, el plazo de prescripción quedó fijado en treinta años para el homicidio en lugar de veinte, pero el genocidio es en cambio imprescriptible (art. 78 del Código Penal).

171. Por su parte, el Consejo de Europa había recomendado al Comité de Ministros:

> invitar a los gobiernos de los Estados miembros a que adopten de inmediato medidas que sirvan para evitar que mediante la prescripción o por cualquier otro medio, queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos antes de la segunda guerra mundial o durante ella y, más en general, los crímenes contra la humanidad[69].

Cabe señalar, sin embargo, que la ley francesa de 26 de diciembre de 1964 y la recomendación del Consejo de Europa no se referían más que a los crímenes contra la humanidad.

172. Estos ejemplos, citados a título de tales, no agotan la cuestión pero sí indican la orientación adoptada por los Estados cuando el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas preparó un proyecto de Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad que fue aprobado el 26 de noviembre de 1968. Esta Convención[70] es de carácter simplemente declarativo. Las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que hayan sido cometidas.

D.—Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio

173. No es necesario recordar los principios que determinan las reglas de competencia en materia penal, la territorialidad de la ley penal, de la personalidad de la

[67] Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

[68] Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 213, pág. 221). Para una versión en español, véase A. Truyol y Serra, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1977, pág. 111.

[69] Consejo de Europa, recomendación 549 (1969), párr. 8, apartado *a* (documento 2506).

[70] Naciones Unidas, *Recueil des traités*, vol. 754, pág. 73.

ley penal, la competencia universal, etc. Mientras el primero da competencia al tribunal del lugar del crímen, el segundo la da al tribunal de la nacionalidad del autor o al de la nacionalidad de la víctima. La competencia universal, en cambio, da competencia al tribunal del lugar de la detención, cualquiera que sea el lugar en que se haya cometido el delito. Puede por último existir otro sistema que dé competencia a la jurisdicción internacional.

174. Después de la segunda guerra mundial se combinaron diversos sistemas. El de competencia internacional fue consecuencia de la institución del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, dejando de lado por un momento la polémica a que dio lugar el carácter internacional de esa jurisdicción[71]. Para ciertos autores, el Tribunal de Nuremberg no era una jurisdicción internacional sino una jurisdicción conjunta de los Aliados. Para otros, era una jurisdicción de ocupación. En todo caso no es éste el problema que estamos examinando. Además de esta jurisdicción competente para juzgar a los grandes criminales de guerra, cualquiera que fuese el lugar en que se hubiesen cometido los crímenes, existían las jurisdicciones instituidas en virtud de la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado que no eran tampoco en realidad jurisdicciones internas. Se trataba de jurisdicciones internacionales instituidas en aplicación del Acuerdo de Londres de 1945. Entre ellas y el Tribunal de Nuremberg no había diferencias de naturaleza; únicamente había una distribución de competencias o, como habría dicho Georges Scelle, un desdoblamiento funcional. Y por último, existían jurisdicciones nacionales establecidas por los gobiernos que tenían competencia para juzgar los crímenes de guerra en los lugares en que se hubieran cometido. De esa manera se combinaban los diferentes sistemas descritos anteriormente.

175. La represión no se ejercía solamente sobre la base de la competencia territorial, sino también a veces sobre la base de la competencia universal. Este sistema, basado en el derecho a castigar, tiene antecedentes muy antiguos. Grocio enseñaba ya que

> debe reconocerse que los reyes, y en general todos los soberanos, tienen el derecho a castigar, no sólo por los daños cometidos contra ellos o contra sus súbditos, sino también por los daños que no les afectan directamente pero que violan en grado extremo el derecho natural o el derecho de gentes respecto de cualquier persona[72].

De este principio se deriva la máxima *aut dedere aut punire*. Existen numerosos ejemplos de esta competencia universal aplicada a los crímenes de guerra. Así, un tribunal militar británico juzgó crímenes cometidos en Francia contra prisioneros de guerra británicos (Wuppertal, mayo de 1946)[73]. Otro tribunal británico juzgó crímenes cometidos en Noruega contra prisioneros de guerra británicos (Brunswick, julio-agosto de 1946)[74]. Se podría pensar que ello se debió a que en esos casos las víctimas eran de nacionalidad británica. Sin embargo, se puede citar otro ejemplo en que un tribunal militar británico, en Almelo, Países Bajos (noviembre de 1945), juzgó crímenes cometidos en los Países Bajos y una de las víctimas era un civil holandés[75]. Las jurisdicciones militares de los Estados Unidos obraron de la misma manera. En Wiesbaden (octubre de 1945), una comisión militar de los Estados Unidos juzgó crímenes cometidos en Alemania contra más de 400 nacionales soviéticos y polacos[76].

176. De estas consideraciones se desprende que, a falta de una jurisdicción internacional, debe admitirse el sistema de competencia universal para los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Es evidente que, por su propia naturaleza, afectan al género humano independientemente del lugar en que se hayan cometido y de la nacionalidad de los autores o de las víctimas.

E.—Principios relativos a la determinación y al alcance de la responsabilidad

1. Consideraciones generales

177. Habiéndose establecido el principio de que todo acto delictivo entraña la responsabilidad de su autor, se deben examinar las excepciones a ese principio denominadas también «causas de justificación». Se mencionarán igualmente las circunstancias atenuantes y las circunstancias eximentes. Pero estos conceptos no se sitúan al mismo nivel.

178. Las causas de justificación guardan relación con las normas primarias, es decir, con los fundamentos de la responsabilidad. Del mismo modo que en la responsabilidad internacional de los Estados hay circunstancias que excluyen la ilicitud, circunstancias estudiadas en el capítulo V del proyecto de artículos actual sobre el tema, también respecto de la responsabilidad penal de los individuos se plantea la cuestión de saber si la intervención de determinados hechos hace que un acto pierda su carácter de infracción penal. El problema planteado así se sitúa a nivel de la licitud del acto. Lo que se discute no es la existencia material de ese acto, sino su carácter delictivo.

179. Por el contrario, las circunstancias atenuantes y las circunstancias eximentes se situarían a nivel de las normas secundarias, dado que guardan relación no con el fundamento, sino con el alcance de la responsabilidad. Una vez establecido el carácter criminal de un acto determinado, las consecuencias que puede tener dicho acto para su autor varían según el grado de responsabilidad de éste. De lo que se trata es de la *sanción*, del castigo. En el derecho interno es el juez quien, en función de consideraciones *objetivas* y *subjetivas*, decide qué pena imponer al autor del acto, dentro de una escala determinada, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las circunstancias de la infracción, la personalidad del delincuente, sus antecedentes, su situación familiar.

---

[71] P. Reuter, «Le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg», *Recueil Dalloz* 1946, París, crónica XX.

[72] H. Grocio, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646), libro II, cap. XX, párr. XL.1 [*Del derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original en latín, por J. Torrubiano Ripoll, Madrid, Ed. Reus, 1925; trad. inglesa en *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II, pág. 504].

[73] *Law Reports of Trials...* (*op. cit.*, nota 36 *supra*), vol. V, págs. 45 y ss.

[74] *Ibid.*, vol. XI, págs. 18 y ss.

[75] *Ibid.*, vol. I, págs. 35 y ss.

[76] *Ibid.*, págs. 46 y ss. Respecto de estos casos, véase Meyrowitz (*op. cit.*, nota 9 *supra*), págs. 163 a 166.

180. Las circunstancias atenuantes se diferencian de las eximentes en que, al contrario de éstas, no excluyen la pena, sino que sólo la pueden atenuar. Pero tanto las circunstancias eximentes como las atenuantes guardan relación con la aplicación de la pena. Al contrario de las causas de justificación, no hacen desaparecer el carácter delictivo de la infracción. Es la justificación lo que hace que el acto no constituya una infracción. En cierto modo constituye una excepción al principio de la responsabilidad penal, ya que un acto que por regla general constituye una infracción pierde su carácter delictivo debido a una causa que lo justifica.

181. Si bien es cierto que el estudio de la justificación penal entra en el ámbito de este estudio, puesto que afecta a los fundamentos de la responsabilidad, cabe preguntarse, no obstante, si las circunstancias atenuantes y eximentes deben ser abordadas aquí. Se acaba de señalar que esos conceptos se refieren a la aplicación de la pena. Ahora bien, la Comisión no se ha pronunciado todavía claramente sobre la cuestión de si el proyecto actual debería incluir también el estudio de las consecuencias penales de la infracción. Si, como parece probable, el proyecto se limita a una enumeración de las infracciones, dejando que los Estados se encarguen de juzgarlas y sancionarlas, correspondería a éstos aplicar sus propias leyes internas en materia de sanción penal. Sin embargo, nada impide prever otra hipótesis: que el proyecto indique las infracciones respecto de las cuales se pueden alegar circunstancias eximentes o atenuantes y que los jueces de cada país se encarguen de aceptarlas o rechazarlas.

182. La aplicación del principio *nullum crimen sine lege* llevaría a considerar la total autonomía del código de crímenes con respecto al proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. Cabe añadir una segunda razón: el código, independientemente de la hipótesis que prevalezca en cuanto a los sujetos de derecho, se aplicará igualmente a los individuos. Sin embargo, la responsabilidad de los individuos está sometida necesariamente a un régimen diferente a la de los Estados. Además, algunos conceptos de derecho penal aplicables aquí no se conciben en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. Por ejemplo, lo ordenado en la ley o la orden del superior jerárquico, puesto que los Estados no tienen superior jerárquico y sólo reciben órdenes de sí mismos. Por otra parte, no se puede plantear a ese respecto la cuestión de determinar en qué carácter han obrado, mientras que en el caso de los individuos es importante saber si han obrado a título particular u oficial.

183. Desde otro punto de vista, también surgen diferencias. En la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, si bien se define el crimen internacional, ese proyecto se refiere sobre todo a las consecuencias «civiles» del crimen, es decir, principalmente a la reparación (*restitutio in integrum* o indemnización) y no le interesan las consecuencias aflictivas.

184. Por lo tanto, parecería necesario estudiar aquí, desde el punto de vista de la responsabilidad penal individual, los hechos que excluyen esa responsabilidad o que constituyen excepciones a esa responsabilidad.

2. Las excepciones a la responsabilidad penal

185. En algunas legislaciones las excepciones al principio de la responsabilidad penal pueden tener dos fuentes: la ley y la jurisprudencia. En el derecho francés, por ejemplo, una parte de la doctrina distingue entre las causas de justificación, que son excepciones resultantes de la ley, y las causas de no imputabilidad, que es un concepto de la jurisprudencia que va más allá de las excepciones legales. Las excepciones legales son necesariamente limitadas. Puesto que la regla es que toda infracción debe tener una base legal —en virtud del principio *nullum crimen sine lege*— toda excepción a esa regla debe tener también una base legal. Los dos principios son correlativos.

186. Pero la rigidez misma de ese sistema llevó muy pronto a la doctrina y a la jurisprudencia a salirse de los senderos demasiado estrechos de la ley formal para buscar soluciones mejor adaptadas a las complejas realidades de la responsabilidad penal. Hay situaciones no previstas por la ley en las que condenar a una persona sería cometer una injusticia, aunque la condena es irreprochable desde el punto de vista estricto de la ley. La culpabilidad se basa muchas veces en la intención culpable. Sobre la base de esa evidencia, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una teoría de la justificación penal recurriendo a los conceptos de voluntad, intención, buena fe, juicio y discernimiento. A partir de esos conceptos han ampliado las excepciones a la responsabilidad penal hasta abarcar casos no previstos por la ley.

187. Así pues, junto a las justificaciones legales que hacen desaparecer la infracción, como obrar en legítima defensa, según lo ordenado por la ley o cumpliendo órdenes de la autoridad legítima, existe el estado de necesidad, que es obra de la jurisprudencia. Naturalmente, esta ampliación se hizo con cautela, con moderación, para no debilitar el propio principio de la responsabilidad. Pero la existencia de estas dos fuentes propias de determinados sistemas jurídicos se explica por el hecho de que la ley escrita, que es predominante en ellos, no puede abarcar y expresar todos los límites y los matices de una realidad cambiante cuyo terreno predilecto es la psicología humana. Así pues, la doctrina francesa distingue entre las causas *objetivas* y las causas *subjetivas* de no responsabilidad, las primeras basadas en la ley y las segundas en la jurisprudencia.

188. En realidad, la distinción entre las excepciones de origen legal denominadas causas de justificación y las excepciones basadas en la jurisprudencia denominadas causas de no culpabilidad sólo tiene un interés doctrinal, en la medida en que clasifica esos conceptos partiendo de su fuente y en la medida también en que en un caso la infracción es inexistente y en el otro existe pero no es imputable a su autor, no hay culpabilidad. Pero las consecuencias sobre la responsabilidad penal son idénticas en los dos casos. Ambos excluyen esa responsabilidad.

189. Este debate no presenta gran interés en el *common law*, en que el elemento legal no es predominante en la definición de la infracción. El delito está constituido por un elemento material que es *el acto* y por un elemento moral que es *la intención*. La intervención de la ley escrita en ese derecho no es necesaria.

190. Este breve inciso permite definir el contenido, a los efectos del proyecto en estudio, del concepto de *causa de justificación*. A ese concepto se le debe quitar el corsé legalista. Debe entenderse, en sentido amplio, que es todo hecho que, independientemente de su fuente, lleva a la eliminación de la responsabilidad, todo hecho que constituye una excepción al principio de la responsabilidad penal. Así pues, se estudiarán sucesivamente:

a) La coacción;

b) El estado de necesidad y la fuerza mayor;

c) El error;

d) El cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico;

e) El carácter público del autor de la infracción;

f) Las represalias y la legítima defensa.

a) *La coacción*

191. La coacción consiste en la amenaza de un peligro inminente del cual es imposible librarse salvo cometiendo el crimen. El mismo peligro debe revestir el carácter de amenaza grave que se defina en función de criterios precisos: una amenaza inmediata a la vida o la integridad física. Naturalmente, la coacción puede ser moral o física. En ambos casos se debe considerar causa de justificación.

192. En el *Asunto Krupp* el tribunal militar norteamericano declaró en particular que la coacción «debe examinarse sobre la base de la buena fe del acusado» y que «el efecto de la coacción invocada debe determinarse con arreglo a normas no objetivas, sino subjetivas»[77]. Se trata en este caso de la coacción moral. La jurisprudencia del *Asunto de los Einsatzgruppen* es todavía más explícita; el tribunal dictaminó que «no existe ninguna ley que exija que una persona inocente sacrifique su vida o soporte sufrimientos graves para no cometer un crimen que condena [...]. Ningún tribunal castigará a un hombre al que se ha obligado, con una pistola apoyada contra la sien, a bajar una palanca mortal»[78].

193. Es decir, la coacción es admisible si constituye un peligro *inminente* y *grave* para la vida o la integridad física. Es evidente que ese peligro debe ser irremediable y que no debe existir otro medio de librarse de él.

b) *El estado de necesidad y la fuerza mayor*

194. Al contrario de lo que ocurre con la coacción, en el estado de necesidad cabe la posibilidad de que el autor ejerza su voluntad. Al verse ante un peligro, una persona *decide* cometer un acto ilícito para librarse de ese peligro. El caso de la madre de familia que le roba el pan al panadero para que sus hijos no se mueran de hambre es el ejemplo clásico del delito necesario. En el derecho francés el delito necesario es un concepto de la jurisprudencia. Pero la jurisprudencia ha subordinado el estado de necesidad a condiciones estrictas, a saber, que la infracción necesaria sólo se justifica en la medida en que permita salvaguardar un interés superior o al menos equivalente al interés sacrificado. Existe cierta semejanza entre esa norma y la que figura en el artículo 33 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, donde se indica que el estado de necesidad no podrá invocarse contra una norma imperativa de derecho internacional (párr. 2, apartado *a*).

195. Debe diferenciarse entre el estado de necesidad y otros conceptos afines, en particular la coacción y la fuerza mayor. Al contrario que en el caso de la coacción, en el estado de necesidad el autor del hecho tiene la posibilidad de ejercer su voluntad. Debido a esa posibilidad de elegir, evita que ocurra un hecho en lugar de otro. Este elemento es importante, pues es también lo que diferencia al estado de necesidad de la fuerza mayor. En el caso de la fuerza mayor, igual que en el caso de la coacción, el autor está a merced de una fuerza imprevisible e irresistible. Por lo tanto, parece que la noción de estado de necesidad tiene cierta autonomía conceptual, pese a los elementos afines y los puntos de intersección que existen entre este concepto y los otros que acaban de definirse.

196. Pese a las diferencias señaladas anteriormente, las excepciones representadas por el estado de necesidad, la coacción o la fuerza mayor se someten a las mismas condiciones de fondo. Es preciso:

i) un peligro grave e inminente;

ii) que el autor no haya contribuido a que sobrevenga ese peligro;

iii) que no exista desproporción entre el interés sacrificado y el interés protegido.

197. Estas dos últimas condiciones han sido expresadas también claramente por la jurisprudencia. En el *Asunto de la I. G. Farben* el tribunal declaró que: «la excusa de la necesidad no se podrá admitir cuando el propio acusado que la invoque haya sido responsable de la existencia o de la ejecución de esa orden o decreto, o cuando su participación haya sido mayor de lo que se exigía o el resultado de su propia iniciativa»[79]. Asimismo, en el *Asunto Flick* ha habido acusados que no se habían limitado a obedecer órdenes sino que, por iniciativa propia, habían pedido un aumento anormal del contingente de mano de obra[80]. Así pues, la culpa del que invoca la excepción hace que su argumento sea inadmisible.

198. En el *Asunto Krupp* se había formulado la condición de proporcionalidad en los siguientes términos:

> [...] se debe decir en toda justicia, a la luz de las pruebas, que en un campo de concentración los acusados no se habrían encontrado en peor situación que los miles de víctimas indefensas que han estado diariamente en peligro de muerte y expuestas a sufrimientos físicos y a los implacables bombardeos aéreos de las fábricas de armamentos, sin hablar ya de la servidumbre forzada y otros ultrajes que habían de soportar. La desproporción entre el número de víctimas efectivas y el número de víctimas posibles es igualmente una idea chocante[81].

Es decir, que se debe respetar la proporcionalidad entre el bien protegido y el bien sacrificado, lo que excluye del campo de aplicación los crímenes de lesa humanidad y

---

[77] American Military Tribunals (véase nota 32 *supra*), asunto N.° 10, vol. IX, pág. 1438.

[78] *Ibid.*, asunto N.° 9, vol. IV, pág. 480.

[79] *Ibid.*, asunto N.° 6, vol. VIII, pág. 1179.

[80] *Ibid.*, asunto N.° 5, vol. VI, pág. 1202.

[81] *Ibid.*, asunto N.° 10, vol. IX, pág. 1446. Respecto de los fallos mencionados, véase Meyrowitz (*op. cit.*, nota 9 *supra*), págs. 404 y 405.

los crímenes contra la paz. Estos crímenes no guardan proporción con ningún otro acto.

199. Al ser las mismas las condiciones de fondo que se aplican a los tres conceptos de coacción, estado de necesidad y fuerza mayor, las distinciones que se acaban de señalar no existen en todos los sistemas jurídicos. En el *common law* particularmente, la fuerza mayor, el estado de necesidad y la coacción se confunden algunas veces.

200. La CDI dedica disposiciones separadas a la fuerza mayor y al estado de necesidad en el capítulo V de la primera parte de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados; además, trata la coacción en el capítulo IV relativo a la responsabilidad de un Estado por el hecho ilícito de otro Estado (art. 28, párr. 2).

201. Cabe preguntarse si se debe dedicar una disposición especial a la fuerza mayor en este informe. Dicho concepto, al menos en algunas legislaciones, guarda además relación con la teoría general de la responsabilidad civil y si interviene en derecho penal es en los delitos no intencionales como el homicidio por imprudencia resultante, por ejemplo, de un accidente de circulación. A pesar de todo, el Relator Especial ha introducido esta excepción teniendo en cuenta el significado diferente que puede tener en otros sistemas jurídicos y para cubrir todas las hipótesis. La CDI decidirá.

c) *El error*

202. Cabe preguntarse si correspondería un lugar al error entre las excepciones a la responsabilidad. Si la culpabilidad se basa en la intención, es decir, en la voluntad de cometer la infracción, el error deberá figurar, si no entre las causas que hacen desaparecer la infracción, al menos entre las causas de no imputabilidad. El error, efectivamente, hace desaparecer la intención culpable. Pero es preciso que no se trate de un error cuyo origen esté en una falta inexcusable de su autor.

203. Pueden existir dos formas de error: el error de derecho y el error de hecho.

i) *El error de derecho*

204. Es evidente que el error de derecho guarda relación con el cumplimiento de una orden cuando el que la recibe debe determinar si esa orden es conforme al derecho. También puede existir independientemente de una orden cuando el autor obra por iniciativa propia y considera que su acto se ajusta a la norma jurídica. Por último, puede situarse a dos niveles: la legalidad del acto en cuestión en relación con el ordenamiento jurídico interno y la legalidad del mismo acto en relación con el ordenamiento jurídico internacional.

a. *La legalidad interna*

205. El acto de que se trate puede ser conforme a la ley interna del autor. También puede contravenir esa ley. Pero en cualquiera de los dos casos se trata de un problema de legalidad interna que no interesa en este informe.

b. *La licitud del acto en el derecho internacional*

206. Sin embargo, puede ocurrir que un acto conforme al derecho interno sea contrario al derecho internacional. En ese caso, existe un conflicto entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional que debe decidirse a favor de este último. Se trata de la aplicación del principio general según el cual el crimen de derecho internacional existe independientemente del ordenamiento interno, principio conforme al estatuto de Nuremberg (art. 6, apartado *c*). También se encuentra una aplicación de ese principio en la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado (art. II, párr. 1, apartado *c*) que había suprimido los efectos de una amnistía otorgada bajo el régimen nacionalsocialista y devuelto a los hechos su carácter criminal.

207. Si la excepción basada en el error de derecho no es fácilmente aceptable en derecho interno —un ciudadano no puede invocar la ignorancia de sus propias leyes nacionales—, se plantea una cuestión diferente en derecho internacional, en particular en el caso de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Algunas veces, debido a la evolución del derecho internacional y de las técnicas bélicas, algunos conceptos se vuelven caducos y aparecen otros nuevos. Además, esta es la esfera predilecta de las normas y prácticas consuetudinarias no derivadas de una convención.

208. Por esa razón, la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales había admitido el error de derecho en derecho internacional en determinados casos. En el *Asunto del Alto Mando*, el tribunal expresó la opinión de que un jefe militar «no puede ser considerado penalmente responsable por un simple error de juicio con respecto a problemas jurídicos controvertidos»[82]. En el *Asunto de la I. G. Farben*, también se invocó el error de derecho. El tribunal entonces había declarado:

> [ ] Teniendo en cuenta que la costumbre es una fuente de derecho internacional, las costumbres y los usos pueden cambiar y ser reconocidos por la comunidad de naciones civilizadas de una manera tan general que el fondo mismo de determinados principios puede verse modificado [ ] El progreso tecnico de las armas y tacticas empleadas en la guerra actual puede haber vuelto caducas o inaplicables determinadas normas de La Haya relativas al desarrollo efectivo de las hostilidades y a lo que se considera medios legitimos de hacer la guerra[83]

209. Así pues, parece que el error de derecho puede admitirse en determinadas circunstancias, pero sólo en determinadas circunstancias. Se debe hacer una distinción a este respecto entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Si el argumento basado en el error de derecho puede admitirse en materia de crímenes de guerra debido a determinadas incertidumbres con respecto a las normas en cuestión, parece mucho más difícil que se admita cuando se trata de crímenes de lesa humanidad. Estos crímenes no pueden, en principio, justificarse por un error en cuanto a su ilicitud. La jurisprudencia exige una condición prácticamente imposible. Es preciso que el error haya sido insuperable. O sea, que es preciso que el autor del hecho haya agotado todos los recursos de su saber, de su imaginación y de su conciencia y que, a pesar de ese esfuerzo, se haya visto en la imposibilidad de descubrir el carácter ilícito de su acto. La Corte Suprema de la Zona Británica había de-

[82] American Military Tribunals, asunto N.° 12, vol. XI, pág. 511.

[83] *Ibid.*, asunto N.° 6, vol. VIII, pág. 1138.

cidido «que no es necesario que el autor haya calificado de ilícitos sus actos y las consecuencias de éste, sino que basta *que haya podido calificarlos así*, condición que por lo general se cumplirá. Cuando se ha cometido un acto inhumano nadie puede disculparse alegando que no ha podido discernir, que ha estado ciego al respecto. *Deberá responder de esa ceguera**»[84]. Que lo que haya cegado al autor sea una fe intensa en una ideología política o que la propaganda de un régimen haya abusado de él, no sirve para disculparlo. Debería haber sabido, al hacer examen de conciencia, que el acto de que se le acusa era ilícito.

210. El fundamento de esta jurisprudencia parece ser, en definitiva, el concepto de culpa. La ignorancia de la norma jurídica es culpable. En particular, el acusado que invoque la legalidad interna debería haberse dado cuenta de que esa legalidad era contraria al derecho internacional. Por ejemplo, un médico que cree en un ideal político y en nombre de ese ideal mata a un enfermo mental, tal vez obre conforme a la legalidad interna de su país, pero contraviene el derecho internacional. Su ceguera es culpable. No ha hecho uso de sus recursos internos, de la «tensión de la conciencia» que le habría permitido descubrir el error en cuanto a la ilicitud de su acto. La Corte Federal Alemana, por su parte, en un recurso del procurador casó el fallo de un tribunal que había absuelto a un acusado porque éste no había estado consciente del acto que se le inculpaba, declarando que «si el autor hubiera sometido su conciencia a la tensión que cabía esperar de él, habría hallado la respuesta justa a la cuestión de saber lo que es lícito y lo que es ilícito»[85].

211. De esa jurisprudencia se desprende que, en la práctica, el crimen de lesa humanidad no puede hallar una causa de justificación en el error de derecho. Ningún error de derecho puede excusar un crimen cuyo móvil es el odio racial o los prejuicios políticos.

ii) *El error de hecho*

212. El error de hecho consiste en hacerse una idea falsa de un hecho material, contrariamente al error de derecho, que consiste en la interpretación errónea de una norma jurídica. En los dos casos, para que el error exima de responsabilidad no debe ser culpable.

213. En ocasiones se ha invocado el error de hecho ante los tribunales internacionales. En el *Asunto Carl Rath y Richard Thiel*, juzgado por un tribunal militar británico (Hamburgo, enero de 1949), el Comisario del Gobierno declaró que el hecho de que un acusado hubiera demostrado que al ejecutar a unos súbditos luxemburgueses había creído sinceramente que participaba en la ejecución de personas alistadas en el ejército alemán y que habían sido condenadas a muerte, constituía un medio de defensa válido[86].

214. Sin embargo, igual que ocurre con el error de derecho, este concepto no puede franquear el muro de los crímenes de lesa humanidad. Ese muro es infranqueable, pues ningún error de hecho puede justificar un crimen contra la humanidad. Una persona que se equivoca en cuanto a la religión o la raza de la víctima no puede invocar ese error, pues de todos modos el móvil de su acto era de orden racial o religioso.

215. Por el contrario, cuando se trata de crímenes de guerra, el error debe tener un carácter insuperable, es decir, debe tener las características de la fuerza mayor, para eximir a su autor de toda responsabilidad. Pero si se trata de un error cuyo origen está en un acto de negligencia o una imprudencia, es decir, de un error que podría haberse evitado, no exime de responsabilidad. Y en ese caso el error puede constituir un simple motivo de disminución de la pena, cuestión que no se estudia aquí.

216. En resumen, para que el error, ya sea de derecho o de hecho, pueda eximir de la responsabilidad de un crimen de guerra, debe tener un carácter *insuperable*. En ninguna circunstancia puede justificar un crimen de lesa humanidad o un crimen contra la paz.

d) *El cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico*

217. En cuanto a si el cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico constituye una causa de justificación autónoma, es preciso hacer observar que en el caso de que se haya cumplido una orden ilícita, pueden presentarse tres situaciones; el autor ha cumplido la orden con conocimiento de causa, en cuyo caso ha cometido un delito de complicidad; el autor ha obrado bajo coacción; el autor ha sido víctima de un error. Estos dos últimos casos sí quedan comprendidos en el tema que se trata aquí. Así pues, se estudiarán sucesivamente las relaciones de la orden con la coacción y las relaciones de la orden con el error.

i) *La orden y la coacción*

218. El principio de la obediencia jerárquica plantea un problema muy delicado para el que son posibles tres soluciones: o bien se admite la teoría de la obediencia pasiva y, como corolario, la falta de responsabilidad del autor en todos los casos; o bien se admite la responsabilidad de aquél, lo que implica el derecho de criticar la orden y el derecho de negarse a cumplirla: esta es la teoría llamada de las «bayonetas inteligentes»; o bien, por último, se adopta una solución intermedia y se establece una distinción según que la ilicitud sea *manifiesta* o no.

219. La jurisprudencia y la doctrina han rechazado tanto la teoría de la obediencia pasiva como la denominada de las bayonetas inteligentes. Han conservado el concepto de la *orden manifiestamente ilegal* que representa la frontera entre el deber de obediencia y de desobediencia. Cuando la ilicitud de una orden es manifiesta, el subordinado debe negarse a cumplirla. En principio, no queda exento de responsabilidad penal al cumplir una orden cuyo carácter ilícito es indiscutible.

220. Sin embargo, cabe preguntarse si esa regla no prevé una atenuante en caso de coacción. Se ha definido la coacción (párr. 191 *supra*) como un peligro grave, inminente e irremediable, peligro que amenaza la vida o la

[84] *O.G.H. br. Z.* (véase nota 11 *supra*), vol. 1, pág. 225; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 296.

[85] *Juristenzeitung*, Tubingen, 8.° año, 1953, págs. 377 y 378; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 298.

[86] Véase *Law Reports of Trials...* (*op. cit.*, nota 36 *supra*), vol. XV, pág. 184, nota 4.

integridad física. En tal caso sería excesivo exigir en todas las situaciones que se niegue el subordinado a cumplir la orden. Pese al rigor del principio enunciado en el artículo 8 del estatuto de Nuremberg, según el cual el orden jerárquico no exime de responsabilidad al autor de un crimen, no se debe olvidar que la responsabilidad penal se basa en la libertad, y que si desaparece ésta, también desaparece la responsabilidad. El Tribunal de Nuremberg, comentando el artículo 8 de su estatuto, declaró que «el verdadero criterio de la responsabilidad penal, que se encuentra bajo una forma u otra en el derecho criminal de la mayor parte de los países, no guarda la menor relación con la orden recibida. Reside en la libertad moral, en la facultad de decidir del autor del acto censurado»[87]. De esa manera el Tribunal declaraba claramente que el hecho que se debía tomar en consideración no era la orden en sí, sino la libertad de que gozaba el autor para cumplirla o no cumplirla.

221. La norma que vincula a la orden como causa de no responsabilidad a la coacción ha sido enunciada en el Principio IV de los Principios de Nuremberg[88] y en el proyecto de código de 1954, en cuyo artículo 4 se dispone que:

> El hecho de que una persona acusada de un delito definido en este código haya actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no la eximirá de responsabilidad conforme al derecho internacional si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.

Esta disposición mitiga el rigor del principio enunciado en el estatuto de Nuremberg, rigor que se explica por el hecho de que dicho estatuto se aplicaba a grandes criminales de guerra responsables a un nivel incompatible con la obediencia ciega o con la coacción. Los crímenes que se les imputaban no eran crímenes de ejecutores, sino crímenes que entraban en el ámbito del abuso de poder. En el presente informe se tienen en cuenta circunstancias diferentes, como aquellas en que el autor puede obrar bajo los efectos de factores exteriores que han influido, orientado o doblegado su voluntad.

222. Naturalmente, esas circunstancias deben examinarse minuciosamente en cada caso. Se trata de circunstancias especiales. Es evidente que se deben evaluar todos los elementos objetivos y subjetivos: la personalidad del autor, la naturaleza de las funciones que ejerce, el contexto en que se ha dado la orden. En el *Asunto del Alto Mando*, el tribunal estableció las bases sobre las cuales se puede aceptar la excusa de la coacción:

> Los acusados en este proceso, que recibieron órdenes manifiestamente criminales, se encontraban en una situación difícil, pero el hecho de cumplir servilmente órdenes indudablemente criminales, por miedo a crearse inconvenientes o a recibir sanciones, no puede admitirse como excusa. Para que se pueda aceptar *la excusa de la coacción o de la necesidad** ante un peligro, es preciso que las circunstancias puedan inspirar en un hombre razonable el temor de un peligro corporal inminente de tal naturaleza que se vea *privado de la libertad de elegir** lo que es justo y de abstenerse de lo que es ilícito [...][89].

La Corte Suprema de la Zona Británica estimó también que la coacción eximía del deber de desobedecer una orden manifiestamente ilícita. La Corte afirmó que el artículo II, párr. 4, apartado *b*, de la ley N.° 10 del Consejo de Control Aliado, a pesar de su rigor formal, dejaba lugar para la excusa de la coacción. Se trataba de saber si el texto excluía la aplicación de los artículos 52 y 54 del Código Penal alemán, relativos a la coacción moral, en el caso de una orden manifiestamente ilegal. La Corte Suprema respondió en sentido negativo[90].

223. Sin embargo, esa interpretación flexible del artículo 8 del estatuto de Nuremberg y del artículo II, párr. 4, apartado *b*, de la ley N.° 10 no debe hacer pensar que se ha abierto la veda y que cualquier hecho puede considerarse como un peligro o una amenaza grave asimilable a una coacción. Las circunstancias deben analizarse con sumo cuidado. Sólo estudiando esas circunstancias podrá el juez adquirir la convicción de que la orden iba acompañada de coacción.

224. Así pues, debe existir la certeza de que la coacción era la *única* razón de que se obedeciera la orden. Si se determinara que, pese a existir coacción, el autor obrara impulsado por otro motivo, la coacción no se seguiría considerando una excepción admisible. Asimismo, se debe tener en cuenta el *carácter* de la función del autor y *el grado de riesgo* de ésta. Es decir, que si el autor conocía de antemano el riesgo al que le exponían las funciones que había aceptado, no podría alegar que hubo coacción. Un agente de información o un agente de los servicios secretos no podría alegar el riesgo a que le exponía su función si cometiera un acto contrario a su misión bajo coacción. La Corte Suprema de la Zona Británica consideraba que había aceptado su trabajo político clandestino con pleno conocimiento de causa y que se encontraba «en una de esas situaciones en que el ordenamiento jurídico exige excepcionalmente de una persona una conducta que sobrepasa la naturaleza humana y que consiste en vencer el instinto de conservación. Así como los marinos, los agentes de policía, los bomberos y los soldados durante la guerra tienen la obligación de soportar el peligro que amenaza su vida o su integridad física, también se podía exigir de ese acusado que soportara el peligro en el que se había encontrado como consecuencia de una decisión tomada libremente»[91].

225. Pese al rigor, por otra parte necesario, de las condiciones antes expuestas, el cumplimiento de una orden manifiestamente ilícita puede constituir, en determinadas circunstancias, si la orden reviste el carácter de coacción, un argumento admisible.

226. Naturalmente, sigue existiendo el muro infranqueable de los crímenes de lesa humanidad, contra el cual se estrella toda excepción, sea cual sea su carácter. Como se ha señalado, el crimen de lesa humanidad, debido a sus características peculiares, no puede tener justificación. Ninguna coacción puede justificar el genocidio o el *apartheid*, por ejemplo.

ii) *La orden y el error*

227. Cabe preguntarse si la orden puede constituir una excepción de no responsabilidad en casos distintos de la coacción.

---

[87] *Procès des grands criminels de guerre...* (*op. cit.*, nota 51 *supra*), vol. I, pág. 236.

[88] Véase nota 8 *supra*.

[89] American Military Tribunals, asunto N.° 12, vol. XI, pág. 509.

[90] *O.G.H. br. Z.* (véase nota 11 *supra*), vol. 1, pág. 313; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 405.

[91] *O.G.H. br. Z.*, vol. 3, pág. 130; citado en Meyrowitz, pág. 406.

228. Cuando la orden no es manifiestamente ilícita, su evaluación puede dar lugar a un margen de error. No se insistirá en los casos anteriores relativos el error de derecho. El funcionario que recibe una orden puede creer que esa orden es lícita desde el momento en que la ilicitud no es manifiesta. Ni siquiera tiene motivos para sospechar *a priori* de la orden recibida si emana de una autoridad jerárquica competente. Por otra parte, cabe notar que, en principio, la orden lícita es la regla y la orden ilícita la excepción. Por lo general, el jefe procura no salirse de los límites de la legalidad: esa es la base de su autoridad. Además, si, como se dice, la disciplina es la fuerza de los ejércitos y la prontitud de la ejecución la condición de la eficacia, no cabe esperar que el subordinado ejerza a ese respecto un derecho de crítica excesivo.

229. Independientemente de ese hecho, la norma jurídica no siempre es fácil de interpretar y, especialmente, la norma jurídica internacional. En tales casos, el cumplimiento por error de una orden ilícita plantea el problema de la responsabilidad de su autor.

230. En el derecho interno algunas legislaciones han tratado ya de resolver el problema. Así pues, el manual militar norteamericano, *The Law of Land Warfare*, dispone en el párrafo 509 que:

> El hecho de que el derecho de la guerra sea violado en cumplimiento de la orden de una autoridad superior militar o civil, no despoja al acto en cuestión de su carácter de crimen de guerra ni constituye una defensa en el proceso de una persona inculpada, a menos que esta última no tuviera conocimiento del carácter ilegal del acto ordenado y no fuera justo exigir de ella tal conocimiento[92].

Se ha constatado que el error no podía constituir causa de no responsabilidad si no era insuperable, teniendo en cuenta las circunstancias en que se hubiera cometido, y esta misma idea se encuentra expresada en el texto citado.

231. En cuanto a la jurisprudencia, la misma idea fue enunciada por el tribunal en el *Asunto de los rehenes*, a propósito del mariscal de campo List: «Un oficial sólo está obligado a cumplir las órdenes legales que recibe. El que transmite, da o cumple una orden criminal, se convierte en un criminal si ha reconocido, o debía haber reconocido, el carácter criminal de la orden. Es evidente que un mariscal de campo del ejército alemán con más de cuarenta años de experiencia como oficial de carrera tenía o debía haber tenido conocimiento del carácter criminal de esa orden»[93]. En el *Asunto del Alto Mando* el tribunal declaró a propósito del mariscal de campo Von Leeb y otros acusados: «Antes de pronunciarse sobre la responsabilidad de los acusados en este proceso, es preciso determinar no sólo si la orden era en sí misma criminal, sino también si el carácter criminal era evidente»[94].

232. Se desprende de todo esto que el cumplimiento por error de una orden ilícita puede constituir una excepción admisible. Pero, al igual que en el caso de la orden ejecutada bajo coacción, lo que se debe considerar no es la orden sino el error. Este debe revestir los caracteres definidos en los párrafos dedicados a ese concepto. Desde el momento en que el error presenta esos caracteres, puede disculpar al que ha cumplido la orden.

233. Por último, cabe preguntarse si, independientemente de que esté basado en la coacción o en el error, el cumplimiento de una orden ilícita constituye un concepto autónomo en el marco de las causas de no responsabilidad penal. Y cabe también preguntarse por qué los autores le reservan un lugar separado entre las causas de justificación o las causas de no responsabilidad. La orden no constituye en sí misma una justificación. Es un atributo del mando relacionado con el ejercicio normal de la autoridad sin el cual no hay rigor ni disciplina. Su corolario es la obediencia. La obediencia es tan normal como la orden y ni la una ni la otra deberían justificar en sí mismas una teoría excepcional de la responsabilidad penal. Si ese ha sido el caso es que se les ha confundido erróneamente con otros conceptos con los cuales pueden coincidir sin que, por otra parte, se confundan nunca con ellos.

234. Con todo, el Relator Especial ha propuesto una disposición sobre la obediencia jerárquica a fin de abrir un debate sobre la cuestión (véase art. 8 en la parte V del presente informe). Tal vez se considere que la obediencia bajo coacción o por error presenta, a pesar de todo, en el plano formal determinadas características relacionadas con la existencia de la propia orden. Esta también sería una tesis aceptable. Además, el concepto de orden jerárquico ha adquirido ya su título de nobleza y un cierto derecho de ciudadanía en los manuales y no siempre hay que trastocar las costumbres.

e) *El carácter público del autor*

235. Es preciso distinguir entre la responsabilidad política y la responsabilidad penal.

236. La responsabilidad política depende de las normas constitucionales de los países de que se trate y no tiene nada que ver con el presente estudio. El derecho internacional no puede intervenir, al menos en la situación actual, cuando los pueblos eligen su propia forma de gobierno. Igualmente, la responsabilidad penal de los jefes de Estado puede hacerse valer en el plano interno con total prescindencia del derecho internacional. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la alta traición en que comparecen ante jurisdicciones nacionales que aplican el derecho interno.

237. En cambio, en algunos casos se plantea la cuestión de saber si la calidad de jefe de Estado, precisamente por el hecho de que el jefe de Estado encarna la soberanía de su país, no constituiría un obstáculo para hacer valer una responsabilidad penal internacional. En principio, un órgano de Estado que actúe como tal no es responsable en derecho internacional. Sin embargo, actualmente el principio tiene una excepción en el ámbito de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En el informe precedente se ha hecho detallada referencia a las dos calidades en virtud de las cuales puede actuar una persona, como particular o como órgano de un Estado[95]. El individuo puede ser sujeto de derecho

[92] Estados Unidos de América, Department of the Army, FM 27-10, Julio de 1956.

[93] American Military Tribunals, asunto N.° 7, vol. XI, pág. 1271.

[94] *Ibid.*, asunto N.° 12, vol. XI, pág. 512. Respecto de los fallos mencionados, véase Meyrowitz, *op. cit.*, págs. 397 a 399.

[95] *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 67, documento A/CN.4/387, párrs. 11 a 17.

internacional precisamente con ocasión de actos delictivos imputables a personas que son órganos de un Estado. Como ya se ha dicho, en muchos casos hay un vínculo inseparable entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el poder. El derecho internacional penal sería inoperante si un jefe de Estado, miembro de un gobierno o alto funcionario de un gobierno quedara protegido por una inmunidad. La calidad oficial del autor de un crimen internacional no debe constituir una protección para él.

238. Así ha quedado confirmado en el artículo 7 del estatuto de Nuremberg, resultado de dos proyectos presentados a la Conferencia de Londres de 1945, uno por los Estados Unidos de America y el otro por la Unión Soviética[96]. Según el proyecto norteamericano presentado el 30 de junio de 1945, «la defensa fundada en el hecho de que el acusado es o era jefe de Estado, fuese o no efectivo ello, o alto funcionario de un Estado, no es admisible en derecho y no se dará lugar a ella»[97]. Según el proyecto soviético presentado el 2 de julio de 1945, «la situación oficial de las personas culpables de crímenes de guerra, se trate de su calidad de jefe de Estado o de alto funcionario, no será considerada circunstancia eximente ni atenuante de su responsabilidad»[98]. El texto que finalmente fue aprobado es el artículo 7 del estatuto de Nuremberg, según el cual:

> La situación oficial del acusado, sea como jefe de Estado o como alto funcionario, no será considerada circunstancia eximente de su responsabilidad ni motivo para reducir la pena.

239. El estatuto de Tokio dispone en el artículo 6:

> Ni la posición oficial de un acusado ni el hecho de que haya actuado siguiendo órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico serán suficientes en sí para eximir de responsabilidad al acusado en los delitos de que haya sido inculpado, si bien esas circunstancias podrán ser consideradas atenuantes si el Tribunal, por consideraciones de justicia, lo decide en el fallo.

240. La diferencia entre los dos estatutos en cuanto a las circunstancias atenuantes no es pertinente a esta parte del informe, que está dedicada exclusivamente a las causas de justificación.

f) *Represalias y legítima defensa*

i) *Las represalias*

241. Constituye represalia el acto cometido por un Estado como reacción a un acto anterior de otro Estado en violación del derecho internacional. Las represalias pueden obedecer al propósito de hacer que termine el acto anterior, impedir que se repita o simplemente vengarse, castigar.

242. Cabe preguntarse si las represalias, así definidas, son lícitas. En otras palabras, si constituyen una causa de justificación que exima a su autor de responsabilidad. Nos estamos refiriendo, por cierto, a las represalias armadas. Las otras no están incluidas en el ámbito del presente informe. Las represalias armadas pueden presentar dos aspectos distintos. Pueden constituir una agresión y un *crimen contra la paz*. Pueden constituir un crimen de guerra si tienen lugar en el curso de un conflicto armado.

243. Cuando las represalias armadas están dirigidas contra otro Estado, en una de las formas indicadas en la definición de la agresión[99], se plantea la cuestión de saber si esos actos pierden su carácter ilícito por tratarse de una respuesta a un acto ilícito anterior. El problema fue debatido ya en la Comisión en el curso de la elaboración del proyecto de código, en 1950. El Relator Especial, Jean Spiropoulos, defendía la licitud de las represalias en los términos siguientes:

> [...] A pesar de los serios temores que se han expresado en cuanto a la autoridad del código que ha de redactarse en caso de que admita la alegación de represalias, no vemos cómo podría rechazarse tal alegación.
>
> [...]
>
> [...] deducimos que no puede existir duda de que debe admitirse la alegación de represalias, siempre que las represalias sean legítimas, es decir, ejercidas de conformidad con los tratados internacionales y el derecho consuetudinario [...][100].

En el marco de ese derecho, las represalias, si bien eran lícitas, estaban sometidas a ciertos límites y a condiciones previas; asimismo, era necesario que no fueran manifiestamente desproporcionadas en relación con el acto anterior [incidente de *Naulilaa* (1928)[101]].

244. En nuestros días se ha invertido la tendencia, y la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas estipula que «los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza»[102].

245. El problema que se plantea en el contexto del proyecto en estudio consiste en saber si hay que prever una disposición especial según la cual la represalia armada no constituya causa de justificación. Al parecer, la respuesta debe ser negativa pues el recurso a la fuerza armada en condiciones no previstas por la Carta de las Naciones Unidas constituye agresión, ya definida en el proyecto de código, y por la Asamblea General en su resolución de 14 de diciembre de 1974.

246. Otra cuestión se refiere a las represalias en tiempo de guerra, que plantean problemas de derecho humanitario. Jean Jacques Rousseau decía que:

> La guerra no es una relación de hombre a hombre sino de Estado a Estado, en la que los particulares son enemigos por accidente, no como hombres sino como ciudadanos, como soldados; no por formar parte de la patria sino por defenderla[103].

247. Desde este ángulo, las represalias deben considerarse en relación con el derecho humanitario, es decir, en el contexto de sus consecuencias sobre los prisioneros de guerra y la población civil o, en otras palabras, sobre

---

[96] Véase el informe Jackson, *International Conference on Military Trials, London, 1945*, publicación 3080 del Departamento de Estado, Washington (D.C.), 1949, pág. 165, doc. XXIII (texto comparado de los dos proyectos).

[97] *Ibid.*, pág. 180, párr. 16 del anexo del proyecto.

[98] *Ibid.*, art. 25 del proyecto.

[99] Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo.

[100] Primer informe de J. Spiropoulos (véase nota 45 *supra*), A/CN.4/25, págs. 54 y 56.

[101] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.° de venta: 1949.V.1), pág. 1011, y particularmente págs. 1025 y ss. («Question des représailles»).

[102] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, primer principio, párrafo sexto.

[103] *El contrato social*, libro I, cap. IV.

las personas que no son combatientes o han dejado de serlo. Sin embargo, a menudo durante la segunda guerra mundial estas personas no quedaron a salvo de represalias, particularmente en la forma de la ejecución de rehenes. Incluso en nuestros días cabe deplorar hechos de esa índole en diversos lugares del mundo.

248. El problema de la protección de estas categorías de personas sólo había sido objeto de disposiciones ocasionales y fragmentarias: artículo 50 del reglamento anexo al Convenio (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907, sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre[104]; artículo 87, apartado 3.°, del Convenio (III) de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra[105]; artículo 33 del Convenio (IV) de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra[106].

249. El primer intento sistemático es bastante reciente pues data del Protocolo I adicional[107] a los Convenios de Ginebra. De conformidad con las disposiciones del título IV de ese Protocolo se prohíben las represalias contra la población civil (art. 51, párr. 6), contra los bienes de carácter civil (art. 52, párr. 1) o cultural (art. 53, apartado *c*), contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (art. 54, párr. 4), contra el medio ambiente (art. 55, párr. 2). Como manifestó el representante del CICR a la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, la aplicación de ese derecho no se basaba en la reciprocidad; y el representante de la República Socialista Soviética de Ucrania declaró que, de lo contrario, significaría la instauración de la ley del talión[108]. No vamos a entrar aquí en un debate acerca de la eficacia o falta de eficacia de las prohibiciones enunciadas en el Protocolo. A juicio de algunos autores, la parte del Protocolo I relativa a las represalias era un «derecho-ficción».

250. El problema *de lege ferenda* que se plantea es el de saber si hay que tipificar separadamente a las represalias en transgresión de las disposiciones mencionadas. No parece conveniente. En efecto, una infracción de esa índole sería simplemente una violación de las «leyes y costumbres de la guerra» o, si se prefiere, del derecho de los conflictos armados. Ahora bien, esta cuestión existe ya en el proyecto de código.

ii) *La legítima defensa*

251. La legítima defensa puede ser invocada como causa de justificación solamente en caso de agresión. Cuando hay agresión, la responsabilidad del Estado y la del individuo tienen el mismo contenido *ratione materiae*. Sin embargo, las dos se superponen y no se confunden. No tienen el mismo contenido *ratione personae*. Existe sin embargo la tendencia a confundirlas simplemente porque, en caso de agresión, los individuos a que nos estamos refiriendo son necesariamente gobiernos. Sin embargo, los dos conceptos no pueden estar sujetos al mismo régimen en razón de que son personas jurídicas diferentes y, por lo tanto, deben ser considerados separadamente.

252. Como ya se ha dicho, la legítima defensa puede invocarse en caso de agresión, pero nunca en caso de crímenes de guerra. Una vez iniciadas las hostilidades, entablado el conflicto armado y planteado un estado de guerra, ya no se puede hablar de legítima defensa entre los combatientes, pues el ataque es tan legítimo como la defensa, con la única condición de que se respeten «las leyes y costumbres de la guerra».

253. No dedicaremos un artículo separado a la legítima defensa, a la que nos referiremos en relación con la agresión en el marco general de las causas de justificación.

3. Resumen

254. Se observará, en suma, que la aplicación *práctica* de la teoría de las causas de justificación, a pesar del carácter general de las fórmulas empleadas en el proyecto de artículos, dará lugar a diversos matices y que la teoría no tiene el mismo alcance según cuales sean los crímenes o las categorias de crímenes de que se trate. Cabe enunciar las tres proposiciones siguientes:

a) Los crímenes contra la humanidad no pueden tener justificación alguna en razón de los móviles en que se inspiran y, por lo tanto, son inseparables. No hay justificación alguna cuando se mata para destruir a un grupo étnico o por consideraciones raciales o religiosas;

b) Los crímenes contra la paz no pueden tener otra justificación que la legítima defensa en caso de agresión;

c) Las causas de justificación y las de inimputabilidad sólo pueden aplicarse, y en hipótesis muy limitadas, en el caso de los crímenes de guerra; hay que precisar en todo caso que ello sólo será efectivo si estos no constituyen al mismo tiempo crímenes contra la humanidad.

4. Circunstancias eximentes y atenuantes

255. Tal vez parezca incongruente hablar de circunstancias eximentes o atenuantes cuando nos estamos refiriendo a crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Cabe preguntarse ¿cómo es posible que en los crímenes más graves, más repulsivos y más monstruosos de todos hayan de existir circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad para sus autores?

256. La respuesta, sin embargo, puede ser afirmativa en algunos casos. Ahora bien, esas circunstancias eximentes o atenuantes están vinculadas con cuestiones de hecho, no de derecho, y no procede incluirlas en un código que se limite a enunciar normas primarias. Por lo demás, como ya se ha dicho, están vinculadas con la aplicación de la pena y normalmente se tienen en cuenta a los efectos de la aplicación de una de las penas de una escala. Un código que no contenga penas no puede

---

[104] Véase nota 37 *supra*.

[105] Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 101.

[106] *Ibid.*, pág. 149.

[107] Véase nota 40 *supra*.

[108] Véase el debate de la Conferencia sobre el proyecto de artículo 74 relativo a la represión de las infracciones contra el Protocolo I, en *Actas de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados (Ginebra 1974-1977)*, Berna, 1978, vol. IX, en especial las actas resumidas de las sesiones 46.ª y 48.ª.

incluir disposiciones relativas a circunstancias eximentes o atenuantes.

257. Los estatutos de Nuremberg y de Tokio habían dejado librada al magistrado la determinación de la pena aplicable, que podía llegar hasta la de muerte. Como consecuencia, esos estatutos contenían normas relativas a las circunstancias atenuantes. El estatuto de Nuremberg (art. 8) admitía como circunstancia atenuante la de que el acusado hubiese actuado siguiendo instrucciones de su gobierno o por orden de un superior jerárquico. El estatuto de Tokio (art. 6) permitía que el Tribunal aceptara como circunstancias atenuantes el hecho de que el acusado hubiese actuado en virtud de una orden o la posición oficial del acusado.

258. En este caso, habida cuenta de que el código no enuncia penas, no puede contener disposiciones relativas a las modalidades de las penas.

F.—Conclusión

259. Tales parecen ser las infracciones a que se referirá el código y tales los principios que rigen en la materia. Es sin duda deplorable que los textos y la jurisprudencia analizados estén tan íntimamente ligados a las circunstancias de la segunda guerra mundial. Sin embargo, no es posible olvidar que la propia expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» nació en esas circunstancias. Ciertos tribunales nacionales han dictado decisiones después de la segunda guerra mundial que se refieren en particular a los crímenes de guerra. Esas decisiones no aportan nada nuevo en comparación con la jurisprudencia que se ha analizado en el presente trabajo y, por lo tanto, se ha procurado determinar elementos que, fuera de su contexto, puedan tener un carácter suficientemente general y abstracto para alcanzar la calidad de conceptos y normas jurídicas.

Parte V

Proyecto de artículos

260. El proyecto de artículos versa sobre el conjunto de la materia. Cabe formular las siguientes observaciones:

a) Se han reformulado los proyectos de artículos 1, 2 y 3 presentados inicialmente[109]. Un número considerable de miembros de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General no han juzgado necesaria una definición precisa del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Además, las definiciones propuestas han suscitado bastantes controversias, en especial la definición tomada del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El nuevo artículo 1 que se ha propuesto evita esas dificultades;

b) La definición de la agresión ha sido expurgada de toda referencia a órganos políticos y de cualquier elemento que pudiera entrometerse en el dominio del juez;

c) La definición de las demás infracciones ha sido establecida sobre la base de las convenciones existentes cuyos textos, a veces, se han reproducido integralmente o en parte. No obstante, también se ha propuesto una variante más general para que la CDI pueda elegir los textos o los combine;

d) En la formulación de los principios generales se han tenido en cuenta las convenciones existentes, o la jurisprudencia. Algunos principios se aplicarán con mayor propiedad a los crímenes contra la paz o a los crímenes contra la humanidad, otros se aplicarán en general a los crímenes de guerra. Empero, todos ellos están formulados con un acusado espíritu de síntesis, a fin de respetar la unidad de la materia, y se prevén excepciones y limitaciones para ciertos casos.

261. El proyecto de artículos consta de dos capítulos: introducción y lista de infracciones.

[109] *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 84, documento A/CN.4/387, cap. III.

Capítulo I

INTRODUCCIÓN

Título I.—Definición y tipificación

Artículo 1.—Definición

Son crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad los crímenes de derecho internacional definidos en el presente Código.

Artículo 2.—Tipificación

La tipificación de un hecho como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, de conformidad con el derecho internacional, es independiente del ordenamiento interno. El hecho de que una acción u omisión sea o no punible en el derecho interno no prejuzga esa tipificación.

Título II.—Principios generales

Artículo 3.—Responsabilidad y sanción

Toda persona que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenida por responsable e incurrirá en una pena.

Artículo 4.—Infracción universal

1. El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una infracción universal. Todo Estado en cuyo territorio haya sido detenido el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene el deber de juzgarlo o de conceder su extradición.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no prejuzga la cuestión de la existencia de una jurisdicción penal internacional.

Artículo 5.—Imprescriptibilidad

El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es, por naturaleza, imprescriptible.

Artículo 6.—Garantías jurisdiccionales

Toda persona acusada de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene derecho a las garantías reconocidas a todo ser humano y, en especial, a un juicio imparcial en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho.

Artículo 7.—Irretroactividad

1. Nadie será condenado por una acción u omisión que, en el momento de cometerse, no constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, nada impedirá el enjuiciamiento ni el castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de cometerse, tenga carácter criminal en virtud de los principios generales del derecho internacional.

Artículo 8.—Excepciones al principio de la responsabilidad

Salvo la legítima defensa en caso de agresión, el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no podrá invocar, en principio, ninguna excepción. Por consiguiente:

***a*) El carácter público del autor, y en especial el hecho de que sea jefe de Estado o de gobierno, no le eximirá de la responsabilidad penal;**

***b*) La coacción, el estado de necesidad o la fuerza mayor no eximirán al autor de la responsabilidad penal, salvo que haya obrado bajo la amenaza de un peligro grave, inminente e irremediable;**

***c*) La orden de un gobierno o de un superior jerárquico no eximirá al autor de la responsabilidad penal, salvo que haya obrado bajo la amenaza de un peligro grave, inminente e irremediable;**

***d*) El error de derecho o de hecho no eximirá al autor de la responsabilidad penal a menos que, en las circunstancias en que se hubiere cometido, tuviere para éste carácter invencible;**

***e*) En todo caso, ninguna de las excepciones previstas en los apartados *b*, *c* y *d* eliminará la infracción:**

- **i) si el hecho que el autor alegare en su descargo viola una norma imperativa de derecho internacional;**
- **ii) si en el hecho que el autor alegare en su descargo hubiere intervenido culpa de aquél;**
- **iii) si el interés sacrificado fuere superior al interés protegido.**

Artículo 9.—Responsabilidad del superior jerárquico

El hecho de que una infracción haya sido cometida por un subordinado no eximirá a sus superiores de la responsabilidad penal, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer una infracción, y si no adoptaron todas las medidas prácticamente posibles a su alcance para impedir o reprimir tal infracción.

Comentario a los artículos 1 a 9

Los artículos 1 a 7 no precisan comentario especial, salvo señalar, respecto del principio de la no retroactividad, que el párrafo 2 del artículo 7 permite no limitar esta norma a las fuentes del derecho escrito.

En cuanto al artículo 8, se observará que el apartado *e* del párrafo 1 permite descartar prácticamente los crímenes contra la humanidad y los crímenes contra la paz. Las excepciones se limitarán sobre todo, en ciertas hipótesis, a los crímenes de guerra.

Con respecto al artículo 9, la Comisión también puede dejar que la teoría general de la complicidad cubra la hipótesis prevista. No obstante, no debe olvidarse que se trata de infracciones que se cometen en el marco de una jerarquía y en las que por consiguiente, en la casi totalidad de los casos, aparecen elementos de mando. Tal vez sea útil, pues, dotar a la responsabilidad del superior jerárquico de un fundamento distinto, así como de una fuente escrita autónoma.

Capítulo II

CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

Artículo 10.—Categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad comprenden tres categorías de infracciones: los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra o [los crímenes cometidos con ocasión de un conflicto armado].

Título I.—Crímenes contra la paz

Artículo 11.—Actos constitutivos de crímenes contra la paz

Son crímenes contra la paz:

1. El hecho de que las autoridades de un Estado cometan un acto de agresión.

a) *Definición de la agresión*

- **i) La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o de cualquier otro modo incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición.**
- **ii) Nota explicativa.—En esta definición, el término «Estado»:**
  - ***a.* se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no Miembro de las Naciones Unidas;**
  - ***b.* incluye el concepto de un «grupo de Estados», cuando proceda.**

b) *Actos constitutivos de agresión*

Sin que la enumeración sea exhaustiva, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

i) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio o de otro Estado o de parte de él;

ii) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

iii) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

iv) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

v) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

vi) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

vii) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

c) *Alcance de la presente definición*

i) Nada de lo dispuesto en la presente definición se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza;

ii) Nada de lo establecido en esta definición, y en particular en el párrafo *b*, podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada.

Comentario

Esta definición se ha tomado de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974. No obstante, las partes relativas a la prueba y a las consecuencias de la agresión, o a la interpretación, no se han reproducido. En efecto, la interpretación y la prueba son competencia del juez. En cuanto a las consecuencias penales, son objeto del presente proyecto.

2. El hecho de que las autoridades de un Estado recurran a la amenaza de agresión contra otro Estado.

3. El hecho de que las autoridades de un Estado intervengan en los asuntos internos o externos de otro Estado, en especial:

***a*) el hecho de alentar o tolerar en el territorio de un Estado el fomento de la guerra civil en otro Estado o cualquier otra forma de desórdenes o sublevaciones interiores;**

***b*) el hecho de ejercer presiones, de adoptar o de amenazar con adoptar medidas coercitivas de índole económica o política contra otro Estado, a fin de obtener ventajas de cualquier índole.**

Comentario

El párrafo 2 no precisa comentarios. Se trata de una reproducción del texto de 1954. El párrafo 3, relativo a la intervención, es una versión enmendada del texto de 1954. No debe preverse únicamente el fomento de la guerra civil, sino cualquier forma de desórdenes o sublevaciones interiores. En el apartado *b* del párrafo 3 se amplían las formas de intervención, más allá de las formas políticas, para incorporar las medidas *coercitivas* de tipo económico.

4. El hecho de que las autoridades de un Estado cometan o alienten la comisión de actos terroristas en otro Estado, o la tolerancia por esas mismas autoridades de actividades organizadas con el fin de perpetrar actos terroristas en otro Estado.

a) *Definición de actos terroristas*

Se entiende por actos terroristas los actos criminales dirigidos contra otro Estado y destinados a crear un estado de terror en el ánimo de personalidades, de grupos de personas o del público en general.

b) *Actos terroristas*

Son actos terroristas:

i) Los hechos dirigidos contra la vida, la integridad corporal o la salud de un jefe de Estado, de personas que ejerzan prerrogativas de jefe de Estado, de los sucesores hereditarios o designados de jefes de Estado, de los cónyuges de tales personalidades o de personas que desempeñan funciones o cargos públicos, cuando el hecho se haya cometido en razón de la función o cargo que esas personas desempeñan;

ii) Los hechos que tengan por objeto destruir o dañar bienes públicos o destinados a uso público;

iii) Los hechos destinados a poner en peligro vidas humanas mediante la creación de un peligro co-

mún y, en particular, el secuestro de aeronaves, la toma de rehenes y todas las violencias ejercidas contra personalidades que gocen de protección internacional o de inmunidad diplomática;

iv) El hecho de fabricar, obtener, poseer o proporcionar armas, municiones, productos explosivos o sustancias nocivas con miras a la ejecución de un acto terrorista.

Comentario

Este texto reproduce, en lo que respecta a la definición del terrorismo, la Convención de 1937[110], pero se han incluido algunas formas nuevas de terrorismo en la definición, en especial los secuestros de aeronaves y las violencias contra los agentes diplomáticos.

5. El hecho de violar las obligaciones que incumben a un Estado en virtud de un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales, en especial mediante:

i) prohibición de armamentos, desarme, restricciones o limitaciones de armamentos;

ii) restricciones del adiestramiento militar o de las construcciones estratégicas, u otras restricciones del mismo carácter.

6. El hecho de violar las obligaciones que incumben a un Estado en virtud de un tratado que prohíba el emplazamiento o los ensayos de armas en ciertos territorios o en el espacio, especialmente de armas nucleares.

Comentario

Este texto completa el proyecto de 1954 al recoger ciertos hechos previstos en convenciones ulteriores sobre el emplazamiento o el ensayo de armas.

7. El hecho de establecer o mantener por la fuerza una dominación colonial.

8. El hecho de reclutar, organizar, equipar y entrenar mercenarios o de proporcionarles medios para que atenten contra la independencia o la seguridad de los Estados, o el hecho de obstaculizar las luchas de liberación nacional.

Se entiende por mercenario toda persona:

i) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;

ii) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;

iii) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa parte;

iv) que no sea nacional de una parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una parte en conflicto;

v) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto;

vi) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es parte en conflicto.

Comentario

Esta definición se ha tomado del artículo 47 del Protocolo I adicional[111] a los Convenios de Ginebra de 1949.

TÍTULO II.—CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Artículo 12.—Actos constitutivos de crímenes contra la humanidad

Son crímenes contra la humanidad:

1. El genocidio, es decir, todo acto perpetrado con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, en especial:

i) la matanza de miembros del grupo;

ii) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

iii) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

iv) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

v) el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Comentario

Esta definición se ha tomado de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[112] (art. II).

2 (PRIMERA VARIANTE). El *apartheid*, es decir, los actos definidos en el artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973, y, de manera general, la institución de todo sistema de gobierno basado en la discriminación racial, étnica o religiosa.

2 (SEGUNDA VARIANTE). El *apartheid*, que incluye las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el Africa meridional, por el que se entiende los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente:

***a*) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona:**

i) mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;

[110] Convención para la prevención y represión del terrorismo, firmada en Ginebra el 16 de noviembre de 1937 (Sociedad de las Naciones, documento C.546.M.383.1937.V).

[111] Véase nota 40 *supra*.

[112] Véase nota 18 *supra*.

ii) mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;

iii) mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

***b*) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;**

***c*) Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;**

***d*) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a los miembros de los mismos;**

***e*) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;**

***f*) La persecución de las organizaciones y las personas que se oponen al *apartheid* privándolas de derechos y libertades fundamentales.**

Comentario

Esta definición corresponde a la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid,* de 1973[113] (art. II).

3. Los actos inhumanos, tales como, sin que la enumeración sea exhaustiva, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales.

4. Toda violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la preservación del medio humano.

TÍTULO III.—CRÍMENES DE GUERRA

Artículo 13.—Definición de crimen de guerra

PRIMERA VARIANTE

***a*) Es crimen de guerra toda infracción grave de las leyes o usos de la guerra;**

***b*) Para los efectos del presente Código, se entiende por «guerra» todo conflicto armado internacional o no internacional, tal como se define en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, y en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I adicional a esos Convenios, de 8 de junio de 1977.**

SEGUNDA VARIANTE

a) *Definición de crimen de guerra*

Es crimen de guerra toda infracción grave de los convenios, normas y usos aplicables a los conflictos armados internacionales o no internacionales.

b) *Actos constitutivos de crímenes de guerra*

Son crímenes de guerra, en particular:

i) Los atentados graves contra las personas y los bienes y, en especial, el homicidio intencional, la tortura, los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción o la apropiación de bienes no justificadas por las necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita o arbitraria;

ii) El uso ilícito de armas y, en especial, de armas que, por su naturaleza, afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares, de armas de efectos incontrolados y de armas de destrucción en masa (en particular, el primer uso del arma nuclear).

Comentario

En la primera variante se utiliza la palabra «guerra» en su sentido material y no en su sentido formal. En la segunda variante se utiliza preferentemente la expresión «conflicto armado» en vez de la palabra «guerra». Los incisos i) y ii) son comunes a las dos variantes.

TÍTULO IV.—OTRAS INFRACCIONES

Artículo 14

Son también crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad:

A (PRIMERA VARIANTE). **La conspiración para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.**

A (SEGUNDA VARIANTE). **La concertación para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.**

Comentario

Estas dos variantes permitirán a la Comisión iniciar un debate sobre el contenido de conspiración [complot]. ¿Se debe incriminar también el acuerdo mismo, es decir, la *conspiracy*?

B. *a*) La complicidad en un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad;

***b*) Se entiende por complicidad todo acto de participación, anterior o posterior al crimen, que tenga por objeto provocar o facilitar su ejecución o entorpecer la persecución de los autores de la infracción.**

[113] Naciones Unidas, *Recueil des Traités,* vol. 1015, pág. 266.

Comentario

Si la Comisión no quiere definir la complicidad, el contenido del párrafo *b* podría figurar en un comentario.

C. La tentativa de cometer cualquiera de los crímenes definidos en el presente Código.

Comentario

Las infracciones definidas en este Código constituyen crímenes especialmente graves, y la tentativa es necesariamente punible, por lo que no procede establecer distinciones entre las hipótesis en que la tentativa se castigaría y las hipótesis en que no se castigaría.