

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

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/404*

Quinto 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]
[17 de marzo de 1987]

ÍNDICE

Sección	Parrafos	Página
I. INTRODUCCION	1-3	1
II. PROYECTO DE ARTICULOS.....		2
Capítulo 1.—Introducción		
Título I.—Definición y tipificación		
Artículo 1.—Definición		2
Comentario.....		2
Artículo 2.—Tipificación		2
Comentario.....		2
Título II.—Principios generales		
Artículo 3.—Responsabilidad y sanción		3
Comentario.....		3
Artículo 4.— <i>Aut dedere aut punire</i>		3
Comentario.....		4
Artículo 5.—Imprescriptibilidad		4
Comentario.....		4
Artículo 6.—Garantías jurisdiccionales		5
Comentario.....		5
Artículo 7.— <i>Non bis in idem</i>		6
Comentario.....		6
Artículo 8.—Irretroactividad.....		7
Comentario.....		7
Artículo 9.—Excepciones al principio de la responsabilidad		7
Comentario.....		7
Artículo 10.—Responsabilidad del superior jerárquico		9
Comentario.....		9
Artículo 11.—Carácter oficial del autor		10
Comentario.....		10

I.—Introducción

1. En el presente informe, el Relator Especial se propone estudiar y, cuando proceda, modificar los artículos que constituyen la introducción al proyecto de código, presentado a la Comisión de Derecho Internacional

en su 38.º período de sesiones¹. Esta introducción trata de la definición, la calificación del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y los principios generales.

¹ Véase el cuarto informe del Relator Especial, *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 55, documento A/CN.4/398, quinta parte.

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/404/Corr.1 y 2.

2. Cabe formular al respecto las siguientes observaciones:

a) A los proyectos de artículos siguen comentarios que recuerdan de manera sucinta las cuestiones que se plantean;

b) Algunos proyectos de artículos presentados al 38.º período de sesiones de la Comisión han sido modificados para tener en cuenta los debates que tuvieron lugar en este período ordinario de sesiones² y en la Sexta Comisión, durante el cuadragésimo primer período de sesiones de la Asamblea General³.

3. Estos artículos son los siguientes:

a) *Artículo 3.* Se ha precisado que el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el sentido del proyecto, es el individuo;

b) *Artículo 4.* En vista de las objeciones que suscitó la expresión «infracción universal» que figura en el párrafo 1 del texto anterior, la primera frase de ese párrafo se ha suprimido;

c) *Artículo 6.* Se han enumerado las garantías jurisdiccionales. En el entendimiento, no obstante, de que

² Véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 44 y ss., párrs. 80 a 184.

³ Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo primer período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.410), secc. E.

esta lista no puede ser exhaustiva, sino que contiene las garantías esenciales;

d) Se ha consagrado un *nuevo artículo 7* a la norma *non bis in idem*. Sin embargo, esta norma no parece concebible salvo en el sistema previsto en el párrafo 1 del artículo 4, y no en la hipótesis de una jurisdicción internacional. La cuestión queda abierta al debate;

e) *Artículo 8 (antiguo artículo 7).* Se ha modificado ligeramente el párrafo 2 que, de este modo, se convierte en una reproducción exacta del párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴;

f) *Artículo 9 (antiguo artículo 8).* La formulación negativa se ha sustituido por una formulación positiva. Además, se ha suprimido el apartado a y se ha reemplazado por el nuevo artículo 11. En cuanto a las condiciones de fondo de las excepciones, caben dos posibilidades: enunciarlas, como en el antiguo proyecto, en el cuerpo del artículo o limitarlas al comentario que figura a continuación del artículo;

g) *Artículo 10 (antiguo artículo 9).* El artículo ha sido reenumerado, sin incorporar ninguna modificación;

h) Se ha incluido un *nuevo artículo 11* que trata del carácter oficial del autor. Ello no constituye una excepción al principio de la responsabilidad. Sólo por error figuraba en el apartado a del antiguo artículo 8 una disposición relativa al carácter público del autor.

⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 999, pág. 171.

II.—Proyecto de artículos

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.

Comentario

1) Los crímenes previstos en el proyecto de código son los más graves en la escala de las infracciones penales. Pero la gravedad es una noción subjetiva. Se deduce bien sea del *carácter* del crimen (su crueldad, monstruosidad, barbarie, etc.), o de la *amplitud* de sus efectos (su carácter masivo, cuando las víctimas son pueblos o grupos étnicos), o de la *intención* del autor (genocidio, etc.). No obstante, sea cual fuere el aspecto considerado, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ofrecen en su conjunto un mismo perfil: se trata de crímenes que afectan los fundamentos mismos de la sociedad humana.

2) Parece difícil, y tal vez sería inútil, introducir esta noción de gravedad en un código, debido precisamente a su carácter subjetivo. No es cuantificable. Cuanto cabe decir es que la manera en que la comunidad internacional resiente un acto en un momento determinado, la

amplitud de la reprobación que suscita, es el factor que determina que un acto constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Artículo 2.—Tipificación

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

Comentario

1) El principio de la autonomía del derecho internacional penal ha sido afirmado por las sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. A continuación lo confirmó la CDI en los «Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg»⁵ (Principio II).

2) La cuestión debe examinarse desde un doble punto de vista: en cuanto al fondo y respecto de la aplicación de la pena.

⁵ Denominados en adelante «Principios de Nuremberg»; texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 12 y 13, párr. 45.

a) *Examen de la cuestión desde el punto de vista sustantivo*

3) En caso de conflicto entre la ley penal interna y la ley penal internacional, es esta última la que debe prevalecer. En sus comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Nuremberg, Pierre-Henri Teitgen, Ministro de Justicia de Francia, escribió lo siguiente:

Esta vez no es el derecho internacional el que queda a merced del Estado, sino el derecho internacional el que está muy por encima del Estado. Este principio fundamental aporta al desarrollo [...] y a la consolidación del derecho penal internacional una contribución de tal importancia que cabe decir que esta sentencia de Nuremberg marcará indudablemente una etapa decisiva en la historia⁶.

Del mismo modo, Francis Biddle, ex magistrado de los Estados Unidos de América en el Tribunal de Nuremberg, afirmó:

Creo que la ley interna debe inclinarse ante el derecho internacional superior, lo mismo que en nuestro país la ley del Estado que está en conflicto con la constitución federal carece de valor. Si se llegara a una conclusión de distinta naturaleza, el derecho internacional, por definición, perdería todo significado⁷.

4) El actual proyecto de código perdería también su significado si no se basara en el postulado de la primacía del derecho penal internacional.

5) No obstante, la afirmación de este principio no elimina todas las dificultades. Se ha preguntado, y no sin razón, cuáles serían las consecuencias de la norma *non bis in idem*. Cabe considerar dos hipótesis: que la ley penal nacional no castigue un hecho, mientras que este mismo hecho es sancionado por el derecho penal internacional; o bien puede suceder que el mismo hecho sea sancionado por ambos ordenamientos jurídicos.

6) En la primera hipótesis, la norma *non bis in idem* carece de objeto.

7) En la segunda hipótesis cabe suscitar la cuestión de si efectivamente puede haber una dualidad de procesos. En virtud de la autonomía del derecho internacional, nada impide el inicio de un enjuiciamiento penal. Oponer la norma *non bis in idem* para frenar el proceso en el plano internacional, equivaldría a la negación misma del derecho internacional penal y, en la práctica, a paralizar completamente cualquier sistema represivo basado en el código. Como ha señalado Vespasien Pella:

Sería demasiado cómodo para un Estado hacer procesar por su propia jurisdicción a sus nacionales culpables de crímenes internacionales, a fin de que pudieran invocar dichos fallos para sustraerse a la acción de la justicia penal internacional⁸.

[...] Por otra parte, no hay que perder de vista que, a menudo, estos crímenes se cometen mediante un ejercicio abusivo de la soberanía. Pretender castigarlos aplicando la legislación nacional significa, en muchos casos, pedir al culpable que se castigue a sí mismo. [...]?

Parece, pues, que la norma *non bis in idem* no puede invocarse en caso de conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional.

b) *Examen de la cuestión desde el punto de vista de la aplicación de la pena*

8) En esta hipótesis nada impide al juez internacional tener en cuenta la pena ejecutada en virtud de una sentencia nacional, limitándose a pronunciar un fallo declaratorio de culpabilidad, sin imponer pena alguna si estima que la pena ya ejecutada corresponde a la gravedad del crimen.

9) Si la norma *non bis in idem* se prevé en el artículo 7 del presente proyecto, es únicamente en el caso de que no existiera una jurisdicción penal internacional y la competencia se reconociera a la jurisdicción interna de cada Estado, lo que expondría al autor a una pluralidad de procesos.

TÍTULO II.—PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3.—Responsabilidad y sanción

ANTIGUO TEXTO:

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

NUEVO TEXTO:

Todo individuo que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenido por responsable e incurrirá en una pena.

Comentario

A fin de evitar cualquier equívoco en cuanto al contenido *ratione personae* del proyecto, que se limita en esta fase a las personas físicas, se ha juzgado necesario volver a formular el antiguo artículo 3.

Artículo 4

ANTIGUO TEXTO:

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.

NUEVO TEXTO:

Aut dedere aut punire

1. 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 creación de una jurisdicción penal internacional.

⁶ Citado en el memorando sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, preparado por V. V. Pella a solicitud de la Secretaría, documento A/CN.4/39 (mimeografiado), pág. 84, párr. 57.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibid.*, pág. 87, párr. 60.

⁹ *Ibid.*, pág. 85, párr. 58.

Comentario

1) El párrafo 1 del proyecto de artículo 4 ofrece dos opciones al Estado que detiene al autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad: ha de conceder su extradición o someterlo a juicio. El párrafo 2 prevé la posibilidad de recurrir a una jurisdicción penal internacional.

2) Evidentemente, ninguna de estas dos soluciones está exenta de dificultades.

3) La regla prevista en el párrafo 1 ha sido criticada por algunos. Se le ha reprochado el carácter contradictorio de las decisiones que parece ser inevitable en caso de pluralidad de jurisdicción. Se le ha reprochado también la dificultad de obtener la extradición, en especial cuando las infracciones tienen un motivo político.

4) Es cierto que estas deficiencias existen pero ningún sistema está exento de ellas. El carácter contradictorio de las decisiones también existe en el ordenamiento jurídico interno e incluso cuando existe una jurisdicción suprema encargada de armonizar las decisiones judiciales, las decisiones emanadas de esta jurisdicción varían en el tiempo: el veredicto que se emitió ayer puede parecer injusto mañana. Además, nada impide a los Estados —lo que, por otra parte, sería deseable—incorporar en su legislación las normas sustantivas y de procedimiento del código, al igual que una misma escala de penas, incluidas las condiciones de detención.

5) En cuanto a la dificultad de obtener la extradición, no sería mayor que las dificultades que ya existen en el estado actual de la sociedad internacional, y cabe creer que la adopción de un código contribuiría a la evolución de las ideas en esta esfera. Si hubiera que reeditar la situación de 1945, en que los vencidos y los vencedores eran los únicos acusados y jueces, respectivamente, habría que renunciar al código. Cabe esperar que la gravedad de los crímenes que aquí se estudian, y la creciente emoción que suscitan, incitarán a los Estados a intensificar su cooperación y su apertura en materia de extradición.

6) La opción prevista en el párrafo 2 estaría, evidentemente, más en consonancia con la filosofía general del proyecto. Pero cabe preguntarse si la comunidad internacional está suficientemente adelantada para aceptarla. Numerosos proyectos de estatuto de jurisdicción penal languidecen en los archivos. Y no obstante, estos proyectos se mostraban muy tímidos en cuanto al recurso a la jurisdicción penal internacional, ya que conferirían competencia exclusiva a los Estados y al Consejo de Seguridad y, anteriormente, al Consejo de la Sociedad de las Naciones. Además, esos proyectos reconocían únicamente competencia facultativa a esa jurisdicción.

7) En todo caso, rechazar una u otra solución, previstas en el proyecto de artículo 4, equivaldría a privar al código de toda eficacia, haciendo imposible su aplicación.

Artículo 5.—Imprescriptibilidad

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

Comentario

1) El derecho comparado demuestra que la prescripción no es una norma general ni absoluta. Ignorada en ciertos ordenamientos jurídicos (el derecho angloamericano por ejemplo), la norma no tiene un carácter absoluto en los demás sistemas. En Francia, por ejemplo, no se aplica a las infracciones militares graves, ni a las infracciones contra la seguridad del Estado. Además, la doctrina no se muestra unánime acerca del alcance de la norma de la prescripción. ¿Es una norma sustantiva o de procedimiento?

2) El derecho internacional sólo se ha interesado en fecha muy reciente en la prescripción penal. El Acuerdo de Londres de 1945, que creó el Tribunal Militar Internacional, no se pronunció sobre la cuestión. Ninguna declaración durante la guerra de 1939-1945 (la de Saint-James o la de Moscú), recogió el concepto de la prescripción.

3) Fueron las circunstancias posteriores las que movieron a la comunidad internacional a interesarse en la prescripción de los crímenes. La necesidad de procesar a los autores de crímenes odiosos cometidos durante la segunda guerra mundial, el obstáculo que oponía a este enjuiciamiento la regla de la prescripción en ciertos derechos nacionales, llevaron a introducir la norma de la imprescriptibilidad en el derecho internacional mediante la Convención de 26 de noviembre de 1968¹⁰. Algunos Estados se adhirieron a ella sin reservas. Otros limitaron la imprescriptibilidad a los crímenes contra la humanidad, excluyendo a los crímenes de guerra. Sin embargo, los inconvenientes de esta limitación quedaron claramente expuestos con ocasión del proceso de Klaus Barbie. En efecto, la inaplicabilidad, en Francia, de la regla de la imprescriptibilidad a ciertos crímenes de guerra suscitó una viva emoción en la opinión pública y el Tribunal de Casación, en su sentencia de 20 de diciembre de 1985¹¹, se basó en una interpretación amplia del concepto de crimen contra la humanidad, que hizo extensivo a los crímenes cometidos por un régimen de ocupación contra la oposición política, «sea cual fuere la forma de esa oposición», lo que abarca el recurso a las armas.

4) Bien es cierto que la distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad no siempre resulta fácil. Estas nociones se superponen a veces cuando los crímenes contra la humanidad se cometen con ocasión de un conflicto armado. El estatuto del Tribunal de Nuremberg distinguía entre los crímenes cometidos contra la «población civil en los territorios ocupados», considerados como crímenes de guerra, y los crímenes «cometidos contra la población por motivos raciales o religiosos», que son crímenes contra la humanidad. Sin embargo, esta distinción no tiene un carácter muy sólido. Los crímenes contra la población en los territorios ocupados son evidentemente crímenes de guerra, pero también pueden constituir crímenes contra la humanidad debido a su crueldad, abstracción hecha

¹⁰ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 754, pág. 73).

¹¹ *Fédération nationale des déportés et mutilés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie*, *La Gazette du Palais*, París, 7-8 de mayo de 1986, pág. 247.

de todo elemento racial o religioso. La distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad no es, pues, sistemática ni absoluta. Sea como fuere, a los efectos del presente proyecto de código el concepto de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es un concepto indivisible y, por consiguiente, la distinción entre crimen de guerra y crimen contra la humanidad es inoperante.

Artículo 6.—Garantías jurisdiccionales

ANTIGUO TEXTO:

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.

NUEVO TEXTO:

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 en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho, en particular:

1. En la substanciación de cualquier acusación formulada contra ella, tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal independiente e imparcial, debidamente establecido por la ley o por un tratado, de conformidad con los principios generales de derecho.

2. Tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

3. Tendrá derecho, además, a las siguientes garantías:

a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) a ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Comentario

1) Las garantías jurisdiccionales se formulan en varios instrumentos internacionales, en especial:

a) En el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg¹² (art. 16) y en el estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente¹³ (arts. 9 y ss.);

b) En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴ (arts. 14 y 15);

c) En el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales¹⁵ (arts. 6 y 7);

d) En la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶ (arts. 5, 7 y 8);

e) En la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁷ (art. 7);

f) En los Convenios de Ginebra de 1949¹⁸ (art. 3, común a los tres Convenios);

g) En los Protocolos adicionales I (art. 75) y II (art. 6)¹⁹ a los Convenios de Ginebra.

2) Cabe preguntarse si en el estado actual del derecho internacional las garantías previstas en el artículo 6 no se habrán convertido en normas de *jus cogens*. En una obra reciente²⁰, Mohamed El Kouhene señala la existencia de un movimiento que tendería a convertir las garantías judiciales en normas intangibles. Cabe plantear esta cuestión pues estas garantías forman parte del contenido mínimo sin el cual los derechos humanos quedarían desprovistos de sustancia.

3) Es interesante señalar a este respecto que los tribunales represivos creados después de la segunda guerra mundial para el procesamiento de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad habían ido incluso más lejos al extender la noción de normas intangibles más allá de las garantías judiciales. De este modo, un tribunal militar americano²¹ condenó a altos funcionarios y magistrados del Ministerio de Justicia alemán por haber participado conscientemente en un

¹² Anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 279).

¹³ Denominado en adelante «Tribunal de Tokio»; véase *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), págs. 354 y ss.

¹⁴ Véase nota 4 *supra*.

¹⁵ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (España, *Boletín Oficial del Estado*, N.º 243, de 10 de octubre de 1979).

¹⁶ Llamado «Pacto de San José de Costa Rica», firmado el 22 de noviembre de 1969 (*ibid.*, vol. 1144, pág. 123).

¹⁷ Adoptada en Nairobi el 26 de junio de 1981, véase OUA, documento CAB/LEG/67/3/Rev.5.

¹⁸ Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra (Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.).

¹⁹ *Ibid.*, págs. 217 y 290 respectivamente.

²⁰ *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

²¹ Las actas de los procesos seguidos por los tribunales militares norteamericanos figuran en *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Nuremberg, October 1946-April 1949)* [serie de 15 volúmenes, denominada en adelante «American Military Tribunals»], Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1949-1953.

sistema de crueldad y de injusticia, violando las leyes de la guerra y de la humanidad²².

4) Esta participación ofrecía dos aspectos; aplicación de leyes injustas o aplicación injusta de las leyes.

5) Una ley puede formar parte del derecho positivo de un Estado y constituir al mismo tiempo una ley injusta si viola los principios de humanidad. La Corte Suprema de la Zona Británica había señalado «un contraste evidente y escandaloso» entre los principios de derecho humano y el derecho interno nazi²³. La doctrina alemana se había hecho eco en gran medida de esta jurisprudencia. Según Gustav Radbruch, si debe admitirse, en principio, la primacía de la ley positiva, hay que evitar que la antinomia entre el derecho positivo y la justicia llegue a un grado tan intolerable que la ley, que se convierte en derecho injusto, deba ceder el paso a la justicia. En su opinión «cuerpos completos del derecho nacionalsocialista jamás llegaron a adquirir la dignidad de derecho obligatorio»²⁴. Herbert Kraus, que, sin embargo, fue uno de los abogados de la defensa en el proceso de Nuremberg, reafirmaba que el juez que aplica un derecho penal injusto comete un crimen contra la humanidad. Hellmuth von Weber por su parte, aseveraba que el juez incurre en culpabilidad cuando aplica una ley «nula por su oposición a la idea misma de derecho»²⁵.

6) Parece, pues, que existen principios no formulados, vinculados a la idea de justicia y de humanidad, cuya violación por un juez entraña la responsabilidad penal de éste. Y estos principios pueden ser violados incluso cuando el juez aplica la ley positiva. Esa teoría va más allá de la violación de las normas relativas a las garantías judiciales, ya que se dirige a la esencia misma de las leyes. Se pide al juez que examine la conformidad de la ley con los principios que deben informar la justicia, en el contexto de una ética superior, y en el caso de no haber conformidad, cuando la discrepancia es flagrante y escandalosa, se crea un motivo suficiente para que el juez no aplique la ley. El juez dispondría, en cierto modo, de un poder de control que se asemejaría al control de la constitucionalidad de las leyes. Pero aquí se trataría de leyes no formuladas, aunque están impresas en la conciencia de los seres humanos.

7) Hay que admitir que este poder sólo puede reconocerse a los jueces en circunstancias excepcionales, de otro modo se volvería contra su objetivo. Esta noción de conformidad de la ley positiva con el derecho es una noción telúrica, capaz de producir sacudidas de consecuencias incalculables. La responsabilidad penal del juez tiene en este contexto, como contrapartida necesaria, su derecho de aducir una objeción de conciencia, que se traduce concretamente en un derecho de veto.

²² *The Justice Case*, American Military Tribunals, asunto N.º 3, vol III, pág 985; citado en 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.º 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, págs. 252 y 253.

²³ Fallo de 15 de noviembre de 1949, *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (O.G.H. br. Z.)*, 1949, vol. 2, pág. 273; citado por Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 338.

²⁴ Citado por Meyrowitz, pág. 338.

²⁵ *Ibid.*, pág. 339.

8) Sin aventurarse en estos niveles de especulación, no es absurdo preguntarse si la violación de las garantías judiciales, precisamente porque estas garantías constituyen el contenido mínimo a que tiene derecho todo ser humano, no constituiría una violación de *jus cogens*. En caso afirmativo, el proyecto de artículo 6 constituiría únicamente una simple afirmación de un principio preexistente y cabe preguntarse si resulta necesario. En todo caso, según un adagio bien conocido, lo que se entiende sin necesidad de palabras todavía se entiende más cuando se dice.

Artículo 7.—Non bis in idem [nuevo artículo]

Nadie podrá ser procesado ni castigado en razón de una infracción por la que ya haya sido absuelto o condenado por sentencia firme de conformidad con la ley y el procedimiento penal de un Estado.

Comentario

1) Este artículo es nuevo. Está consagrado a la norma *non bis in idem*.

2) Esta norma es, en primer lugar, una norma de derecho penal interno. Nadie puede ser procesado dos veces por el mismo hecho en el territorio de un Estado.

3) Pero una misma infracción puede también hacer entrar en juego los intereses de varios Estados: el Estado del territorio en el que se ha cometido la infracción, el Estado de la nacionalidad del autor y el Estado cuyos intereses se han visto lesionados como consecuencia de la infracción. El delincuente corre de este modo el riesgo de ser procesado tantas veces como Estados haya. Tal es el interés de la norma *non bis in idem* en las relaciones entre Estados. La situación puede remediarse mediante convenciones.

4) No obstante, la aplicación, para los fines del código, de la norma *non bis in idem* parte de una hipótesis diferente. Nos encontramos aquí en la esfera del derecho penal internacional y los crímenes de que se trata son crímenes de derecho internacional. No se trata de situaciones en que dos o tres Estados vean sus intereses directamente lesionados. Es la comunidad internacional misma la que se ve afectada.

5) Para la represión de un crimen de derecho internacional, cabe considerar dos sistemas.

6) Se puede imponer al Estado que detiene al autor la obligación de castigarlo o de conceder su extradición. En esa hipótesis, una vez que se ha pronunciado la sanción, ningún otro Estado podría procesar al autor por los mismos hechos.

7) También cabría crear una jurisdicción penal internacional competente para juzgar estas infracciones. En esta hipótesis habría que admitir que la norma *non bis in idem* no podría constituir un obstáculo para el ejercicio de la competencia de esta jurisdicción, a menos que se tratara de vaciar de todo contenido la idea misma de crimen de derecho internacional. Ello no impediría, por supuesto, considerar soluciones de procedimiento, especialmente a nivel de la aplicación de la pena, como ya se dijo con respecto al comentario del artículo 2. Pero estas soluciones no pueden poner en tela de juicio la competencia de la jurisdicción internacional.

Artículo 8.—Irretroactividad

ANTIGUO TEXTO [antiguo artículo 7]:

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, tenía un carácter criminal en virtud de los principios generales del derecho internacional.

NUEVO TEXTO:

1. Nadie podrá ser 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. Nada de lo dispuesto en el presente artículo se opondrá al juicio ni a la condena de un individuo por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran criminales según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Comentario

1) La norma de la irretroactividad de la ley penal, formulada o no en los sistemas judiciales internos, forma parte hoy en día de las garantías fundamentales. A ella se refiere el párrafo 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁶, el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷, el párrafo 1 del artículo 7 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales²⁸, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹, y el párrafo 2 del artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos³⁰. La norma ya había sido consagrada en el proceso de Nuremberg³¹.

2) Hoy en día las controversias suscitadas por el proceso de Nuremberg se han calmado. Los instrumentos internacionales posteriores han consagrado los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, junto con la costumbre y las convenciones.

3) El artículo 8 podría ser objeto de un simple párrafo del artículo 6, relativo a las garantías jurisdiccionales. Pero como se refiere también a las normas sustantivas se ha juzgado preferible incluirlo en una disposición separada.

²⁶ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

²⁷ Véase nota 4 *supra*.

²⁸ Véase nota 15 *supra*.

²⁹ Véase nota 16 *supra*.

³⁰ Véase nota 17 *supra*.

³¹ Véase H. Donnedieu de Vabres, «Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines», *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruselas, 27.º año, 1946-1947, pág. 813; y C. Lombois, *Droit pénal international*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1979, pág. 49, párr. 45.

Artículo 9.—Excepciones al principio de la responsabilidad

ANTIGUO TEXTO [antiguo artículo 8]:

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.

NUEVO TEXTO:

Constituyen excepciones a la responsabilidad penal:

a) la legítima defensa;

b) la coacción, el estado de necesidad o la fuerza mayor;

c) el error de hecho o de derecho si, en las circunstancias en que se hubiere cometido, tuviere para su autor carácter invencible;

d) la orden de un gobierno o de un superior jerárquico, si el autor no tenía moralmente la facultad de elegir.

Comentario

a) *La legítima defensa*

1) Se trata en este contexto de la *legítima defensa individual* invocada por los dirigentes de un Estado, respecto de los actos que han ordenado o emprendido en respuesta a una agresión de que ha sido objeto el Estado.

2) La legítima defensa, en esta hipótesis, excluye también la responsabilidad internacional del Estado que la invoca, además de la responsabilidad penal de los dirigentes de este Estado. Pero aquí únicamente se trata de la responsabilidad penal de estos últimos.

b) *La coacción, el estado de necesidad y la fuerza mayor*

3) A pesar de los matices que las separan, en ciertas legislaciones estas nociones no están claramente diferen-

ciadas. Los jueces emplean indiferentemente una u otra noción para designar la existencia de un peligro inminente y grave, al que era imposible sustraerse salvo mediante la comisión del acto incriminado.

4) La doctrina ha elaborado las distinciones entre la noción de coacción, estado de necesidad y fuerza mayor. En opinión de Henri Meyrowitz:

[...] por muy racionales que sean estas distinciones, resulta delicado emplearlas en una materia que se relaciona con el derecho internacional. Abarcan nociones que no tienen un contenido idéntico en derecho comparado. En el derecho angloamericano apenas están diferenciadas, y se definen de manera diferente en el derecho francés y en el derecho alemán³².

En la adición a su octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, el Relator Especial, Sr. Ago, ha consagrado puntos importantes a la distinción entre fuerza mayor y estado de necesidad³³.

5) Para ciertos internacionalistas, señala el Sr. Ago, el estado de necesidad y la fuerza mayor corresponden a nociones diferentes. Sin embargo, otros emplean exclusivamente una de las dos expresiones. En realidad algunos de los que utilizan la expresión «estado de necesidad» incluyen en ella el caso de fuerza mayor.

6) Según el Sr. Ago, en el curso de este proceso —y no hubiera podido ser de otro modo— la distinción entre fuerza mayor y estado de necesidad se ha difuminado en numerosos casos. Ciertas imprecisiones de redacción en la jurisprudencia, la política de los Estados y las decisiones judiciales internacionales tampoco han contribuido a que la doctrina pudiera hacer más clara la distinción entre ambas nociones. Por otra parte, puede comprobarse en la jurisprudencia de los tribunales penales expresiones tales como «la exención del principio de responsabilidad motivada por la coacción o el estado de necesidad», que confunden una noción con otra.

7) Una vez hechas estas consideraciones de orden terminológico, conviene pasar a examinar ahora las condiciones de fondo de estas excepciones al principio de la responsabilidad.

8) En el proceso del mariscal de campo von Leeb y otros, el tribunal militar norteamericano había formulado estas condiciones en los siguientes términos:

[...] 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. [...]³⁴.

9) No obstante, la aplicación de este principio general se ha adaptado a las circunstancias propias de cada caso. Se tienen en cuenta elementos tales como la *culpa* del que invoca la excepción o la *proporcionalidad* entre el bien sacrificado y el bien salvaguardado. De este modo, la excepción al principio de responsabilidad no podría admitirse «cuando el propio acusado que la invoca 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»³⁵, o incluso cuando la voluntad del agente que ha cometido el acto ilícito «ha coincidido con la voluntad de aquellos de quienes emanó la presunta coacción»³⁶. Lo mismo cabe decir cuando los autores «han realizado una elección que les favorece a costa de víctimas desgraciadas o, lo que es lo mismo, cuando la «desproporción entre el número de víctimas efectivas y el número de víctimas posibles» resulta flagrante»³⁷.

10) La jurisprudencia y la doctrina alemana habían elaborado antes de la segunda guerra mundial (fallo del Reichsgericht de 11 de mayo de 1927³⁸) una teoría del estado de necesidad *supralegal* fundada en el evaluación comparativa de los bienes jurídicos. La comparación se hace primero sobre la base de la ley positiva, en función de las penas impuestas. En su defecto, en función «de consideraciones supralegales extraídas de los conceptos generales de la cultura y, en resumidas cuentas, de la misma idea de derecho»³⁹. Asimismo, en ciertas situaciones se exige al agente que invoca estas excepciones un comportamiento sobrehumano «que consiste en superar el instinto de conservación». De este modo, la Corte Suprema de la Zona Británica había juzgado que un agente clandestino que había aceptado con pleno conocimiento estas funciones excepcionalmente peligrosas no podía invocar la existencia de un estado de coacción⁴⁰. Asimismo, un militar no podría invocar el estado de necesidad si comete un crimen de guerra bajo la presión de peligros vinculados ordinariamente a las acciones militares.

11) Si bien estas excepciones pueden aceptarse en las hipótesis del crimen de guerra, son mucho más difíciles de admitir cuando se trata de crímenes contra la humanidad, debido a la naturaleza de estos crímenes.

c) El error

12) Hay dos clases de error, el error de derecho y el error de hecho.

13) En cuanto al error de derecho cabe considerar dos situaciones diferentes, según que el carácter ilícito de un hecho sea o no manifiesto.

14) Cuando el carácter ilícito de un acto es manifiesto, el agente que lo ejecuta sin que medie coacción comete un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

15) Empero, el carácter ilícito del acto no siempre es manifiesto. Esta situación puede producirse de dos maneras; bien sea porque las leyes y costumbres de la guerra contienen puntos controvertidos, lagunas o insuficiencias; o bien que se trate de cuestiones de derecho, y especialmente de derecho internacional cuyo conocimiento no puede exigirse razonablemente a todo el personal militar. En esta última hipótesis, el error de dere-

³² *Op. cit.* (nota 22 *supra*), pág. 401.

³³ *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 15, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7.

³⁴ *Asunto del Alto Mando*, American Military Tribunals, asunto N.º 12, vol. XI, pág. 509. Para este fallo y los citados en los párrafos siguientes, véase Meyrowitz, *op. cit.*, págs. 404 a 406 y *passim*.

³⁵ *Asunto de la I.G. Farben*, American Military Tribunals, asunto N.º 6, vol. VIII, pág. 1179.

³⁶ *Asunto Krupp*, *ibid.*, asunto N.º 10, vol. IX, pág. 1439.

³⁷ *Ibid.*, págs. 1445 y 1446.

³⁸ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, 1928, vol. 61, pág. 242, y en particular pág. 254.

³⁹ E. Mezger, *Strafrecht* (Lehrbuch), 3.ª ed., Berlín, 1949, pág. 241; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 330.

⁴⁰ *O.G.H. br. Z.* (véase nota 23 *supra*), vol. 3, pág. 129.

cho puede admitirse como excepción al principio de responsabilidad.

16) No obstante, en los casos de crímenes contra la humanidad estas situaciones son difícilmente imaginables pues se trata de infracciones que son una cuestión de conciencia, independientemente de cualquier cuestión de derecho positivo.

17) La Corte Suprema de la Zona Británica planteó el principio de un deber absoluto de reconocer el carácter criminal de un acto, cuando resulta tan evidente como en los crímenes contra la humanidad. La Corte declaró en especial que «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»⁴¹.

18) La Corte Federal Alemana, en un fallo de la Sala Penal de 18 de marzo de 1952, estableció la noción del error insuperable. Se pide al agente una «tensión de la conciencia». Si a pesar de esta tensión de conciencia no pudo discernir, en las circunstancias del caso, el carácter ilícito de una orden, su conducta resulta entonces excusable. Si, por el contrario, sometándose a esta tensión, hubiera debido reconocer el carácter ilícito de un acto, entonces debe establecerse su culpabilidad⁴². Sin embargo, en materia de crímenes como los perpetrados por los nazis, el carácter ilícito era evidente.

d) Ordenes emanadas de un superior jerárquico

19) Cabe preguntarse si la excepción al principio de la responsabilidad por obediencia a la orden de un superior jerárquico constituye un concepto autónomo. En efecto, la obediencia halla su razón, tanto en la *coacción* como en el *error*, en la licitud de la orden. Si el agente obedece mediante coacción, se invocará la coacción como excepción; si el agente obedece debido a un error sobre el carácter lícito o ilícito de la orden, se invocará el error.

20) La Comisión tendría que pronunciarse sobre la necesidad de mantener una disposición distinta consagrada a las órdenes emanadas de un superior jerárquico.

21) En la jurisprudencia de los tribunales militares norteamericanos, la excepción basada en las órdenes emanadas de un superior jerárquico se ha invocado en el *Asunto de los rehenes*, a propósito de la responsabilidad 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 esta orden⁴³.

En el *Asunto del Alto Mando* ya citado, el tribunal había declarado lo siguiente:

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 evidente⁴⁴.

⁴¹ *Ibid.*, vol. 1, pág. 225.

⁴² *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 1953, vol. 3, págs. 365 y 366; *Juristenzeitung*, Tübingen, 8.º año, 1953, págs. 377 y 378; citado en Meyrowitz, *op. cit.*, pág. 298.

⁴³ American Military Tribunals, asunto N.º 7, vol. XI, pág. 1271.

⁴⁴ *Ibid.*, asunto N.º 12, vol. XI, pág. 512.

22) Se desprende de estos elementos que la obediencia por error a un orden ilícita puede constituir una excepción admisible. Pero en este contexto, como en el de la orden ejecutada bajo coacción, el concepto que hay de retener no es el de la orden, sino el de *error*. Este error debe revestir los requisitos definidos en los párrafos consagrados a esta noción. Pero desde el momento en que el error reúne estos requisitos, puede exonerar de responsabilidad al ejecutor de la orden.

Artículo 10.—Responsabilidad del superior jerárquico [antiguo artículo 9]

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

1) Se trata de la aplicación a un caso preciso de la teoría de la complicidad. La complicidad no abarca sólo el caso de copartícipes iguales e independientes, uno de los cuales ayuda o proporciona los medios al otro. También puede resultar de la orden emitida por una persona con poder de mando, o de una abstención voluntaria de este último, cuando tenía el poder para impedir la comisión del acto criminal. También puede resultar de una negligencia pues, en principio, todo jefe militar tiene la obligación de informarse de la situación del personal bajo su mando y de los actos que cometen o proyectan cometer. Existe jurisprudencia en esta esfera, de la que cabe citar el *Asunto Yamashita* y el *Asunto de los rehenes*.

2) En el *Asunto Yamashita*, la Corte Suprema de los Estados Unidos había planteado la cuestión de determinar si las leyes de la guerra imponían a un comandante en jefe del ejército la obligación de tomar las medidas adecuadas a su alcance para controlar a las tropas bajo su mando, a fin de impedir que militares incontrolados cometieran actos constitutivos de una violación de las leyes de la guerra, y si se le podía considerar responsable por haber omitido la adopción de tales medidas. La respuesta de la Corte fue afirmativa⁴⁵.

3) En el *Asunto de los rehenes*, el tribunal militar norteamericano declaró 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»⁴⁶.

4) El problema que se plantea en relación con el proyecto de artículo 10 no es un problema de fondo sino de método. ¿Hace falta consagrar a esta jurisprudencia un artículo concreto? ¿Habría que dejar que la teoría general de la complicidad abarcara los casos previstos en esta hipótesis?

⁴⁵ *United States Reports*, Washington (D.C.), 1947, vol. 327, págs. 14 y 15.

⁴⁶ American Military Tribunals, asunto N.º 7, vol. XI, pág. 1303.

5) Conviene recordar que el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra⁴⁷ ha consagrado dos artículos a los deberes de los jefes militares: el artículo 86 que se refiere a las omisiones, y el artículo 87 que trata de obligaciones concretas. El proyecto de artículo 10 se limita a reproducir el párrafo 2 del artículo 86.

6) A juicio del Relator Especial, tal vez sea preferible dedicar una disposición a este caso concreto; por una parte porque existe ya una jurisprudencia constante y disposiciones convencionales en la materia, y, por la otra, porque las infracciones consideradas se cometen en el marco de una jerarquía en el que interviene casi siempre el poder de mando, y tal vez sea útil conferir a la responsabilidad un fundamento distinto, en lugar de remitirse a la teoría general de la complicidad.

Artículo 11.—Carácter oficial del autor
[apartado a del párrafo 1 del antiguo artículo 8]

El carácter oficial del autor, y en especial el hecho de que sea jefe de Estado o de gobierno, no le eximirá de la responsabilidad penal.

Comentario

1) El estatuto del Tribunal de Nuremberg⁴⁸ había descartado la excepción basada en el carácter oficial del autor en el artículo 7, en los siguientes términos:

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.

2) El estatuto del Tribunal de Tokio⁴⁹ había descartado únicamente la exención de responsabilidad, pero

⁴⁷ Véase nota 19 *supra*.

⁴⁸ Véase nota 12 *supra*.

⁴⁹ Véase nota 13 *supra*.

había admitido las circunstancias atenuantes. Según 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 inculcado, si bien esas circunstancias podrán ser consideradas atenuantes si el Tribunal, por consideraciones de justicia, lo decide en el fallo.

3) Como se observará en el artículo 6 del estatuto de Tokio, que trata al mismo tiempo de la obediencia a las órdenes de un superior jerárquico, se retiene la posibilidad de que concurren circunstancias atenuantes en ambas situaciones.

4) En los Principios de Nuremberg⁵⁰, la Comisión había separado ambas cuestiones. El Principio III establece la responsabilidad de los jefes de Estado o de gobierno y descarta cualquier excepción a esta responsabilidad. El Principio IV, que se refiere a la obediencia a la orden emanada de un superior jerárquico, sólo retiene la responsabilidad si el autor tenía moralmente la facultad de elegir.

5) En el marco del artículo 11, sólo se trata de la responsabilidad de los jefes de Estado o de gobierno. La cuestión de la orden emanada de un superior jerárquico ya ha sido tratada en el marco de las excepciones al principio de la responsabilidad (art. 9, párr. c).

6) En cuanto a la cuestión de determinar si esta responsabilidad admite circunstancias atenuantes, parece más bien que el carácter oficial del autor debería considerarse como circunstancia agravante, pues una de las preocupaciones esenciales del código es reprimir el abuso de poder. No obstante, la cuestión de las circunstancias atenuantes o agravantes todavía no ha sido estudiada, y, en todo caso, no cabe incluirla en una parte que trata exclusivamente de las excepciones al principio de la responsabilidad.

⁵⁰ Véase nota 5 *supra*.