

DOCUMENTO A/CN.4/460*

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

*[Original: francés]
[15 de abril de 1994]*

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe.....	108
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-5 109
PROYECTO DE ARTÍCULOS	6-163 109
Capítulo I.—Definición y tipificación	6-22 109
Artículo 1.—Definición	6-12 109
a) Observaciones de los gobiernos	7-8 109
b) Comentarios del Relator Especial	9-12 109
Artículo 2.—Tipificación	13-22 110
a) Observaciones de los gobiernos	14-18 110
b) Comentarios del Relator Especial	19-22 110
Capítulo II.—Principios generales	23-163 110
Artículo 3.—Responsabilidad y castigo	23-29 110
Comentarios del Relator Especial	24-29 111
1. Observaciones explicativas.....	24-27 111
2. Propuesta del Relator Especial	28-29 111
Artículo 4.—Móviles	30-40 111
a) Observaciones de los gobiernos	31-35 111
b) Comentarios del Relator Especial	36-40 111
1. Observaciones explicativas.....	36-38 111
2. Propuesta del Relator Especial	39-40 111
Artículo 5.—Responsabilidad de los Estados.....	41-48 112
a) Observaciones de los gobiernos	42-45 112
b) Comentarios del Relator Especial	46-48 112
Artículo 6.—Obligación de juzgar o de conceder la extradición	49-69 112
a) Observaciones de los gobiernos	50-61 112
b) Comentarios del Relator Especial	62-69 113
Artículo 7.—Imprescriptibilidad	70-81 113
a) Observaciones de los gobiernos	71-77 114
b) Comentarios del Relator Especial	78-81 114
1. Observaciones explicativas.....	78-80 114
2. Propuesta del Relator Especial	81 114
Artículo 8.—Garantías judiciales	82-88 114
a) Observaciones de los gobiernos	83-87 115
b) Comentarios del Relator Especial	88 115

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/460/Corr.1.

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Artículo 9.—Cosa juzgada.....	89-110	115
a) Observaciones de los gobiernos.....	90-96	115
b) Comentarios del Relator Especial.....	97-110	116
1. Comentarios de carácter general.....	97-99	116
2. Primera hipótesis: existencia de un tribunal penal internacional.....	100-104	116
a. Observaciones explicativas.....	100-103	116
b. Nuevo proyecto de artículo 9 propuesto por el Relator Especial.....	104	116
3. Segunda hipótesis: ausencia de un tribunal penal internacional.....	105-110	117
Artículo 10.—Irrretroactividad.....	111-116	117
a) Observaciones de los gobiernos.....	112-114	117
b) Comentarios del Relator Especial.....	115-116	117
Artículo 11.—Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico.....	117-124	117
a) Observaciones de los gobiernos.....	118-122	118
b) Comentarios del Relator Especial.....	123-124	118
Artículo 12.—Responsabilidad del superior jerárquico.....	125-127	118
a) Observaciones de los gobiernos.....	126	118
b) Comentarios del Relator Especial.....	127	118
Artículo 13.—Carácter oficial y responsabilidad penal.....	128-134	119
a) Observaciones de los gobiernos.....	129-132	119
b) Comentarios del Relator Especial.....	133-134	119
Artículo 14.—Causas de justificación y circunstancias atenuantes.....	135-160	119
a) Observaciones de los gobiernos.....	136-154	119
b) Comentarios del Relator Especial.....	155-160	121
1. Observaciones explicativas.....	155-157	121
2. Nuevo artículo 14 propuesto por el Relator Especial.....	158	121
3. Comentario al nuevo texto propuesto para el artículo 14.....	159-160	121
Nuevo artículo 15.—Circunstancias atenuantes.....	161	122
Comentarios del Relator Especial.....	162-163	122

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	<i>Fuente</i>
Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, pág. 296.
Convenio [europeo] para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, pág. 221. En español, véase <i>Boletín Oficial del Estado</i> , N.º 243, Madrid, 10 de octubre de 1979.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, pág. 241, y vol. 1057, pág. 407.
Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968)	Ibíd., vol. 754, pág. 73.
Convención americana sobre derechos humanos, «Pacto de San José de Costa Rica» (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, pág. 124.

Introducción

1. El presente informe sobre la segunda lectura del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad versará el corriente año sobre la parte general del proyecto que comprende la definición, la tipificación y los principios generales.
2. La segunda parte del proyecto de código, relacionada con los crímenes propiamente dichos, se examinará en el próximo informe.
3. El Relator Especial tiene intención de limitar la lista de esos crímenes a las infracciones cuyo carácter de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad difícilmente pueda ponerse en tela de juicio.
4. El presente informe sobre la primera parte del proyecto reproduce, artículo por artículo, el proyecto adoptado en primera lectura¹; cada artículo va seguido de las observaciones de los gobiernos y luego de los comentarios y las conclusiones del Relator Especial. Las observa-

¹ Para el texto, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 a 105.

ciones de los gobiernos se presentan unas veces en su totalidad y otras parcialmente, según su importancia; las más de las veces, sin embargo, se presentan en su totalidad. Con sólo una o dos excepciones, se hace mención de todas las observaciones, salvo cuando, a juicio del Relator Especial, esas observaciones parecen carecer de relación con el tema².

5. En su mayor parte, las cuestiones planteadas en las observaciones de los gobiernos ya habían sido objeto de amplios comentarios en anteriores informes del Relator Especial y también de debate en sesión plenaria, razón por la cual el Relator Especial no consideró conveniente repetir esos comentarios y debates en segunda lectura, limitándose a remitirse a los informes precedentes y a los debates de la Comisión.

² Los comentarios y observaciones de los gobiernos a que se refiere el Relator Especial en su informe figuran *in extenso* en el documento A/CN.4/448 y Add.1 [*Anuario... 1993*, vol. II (primera parte)]. En el presente informe, los párrafos indicados entre paréntesis son los que corresponden a las observaciones de los gobiernos tal como figuran en el documento A/CN.4/448 y Add.1.

Proyecto de artículos

CAPÍTULO I.—DEFINICIÓN Y TIPIFICACIÓN

Artículo 1

6. El artículo 1 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 1.—Definición

Los crímenes [de derecho internacional] definidos en el presente Código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

a) *Observaciones de los gobiernos*

Bélgica

7. El Gobierno de Bélgica señala (párr. 9):

No se puede, propiamente hablando, optar entre una definición conceptual y la elaboración de la lista de crímenes, ya que los dos enfoques se completan mutuamente. Hay que lamentar la falta de una definición conceptual: por grande que sea la dificultad que implica la definición, hay que señalar, no obstante, que la lista de crímenes es necesariamente función de la definición conceptual.

Bulgaria

8. Bulgaria propone (párr. 3) una definición general seguida por una enumeración, que dice como sigue:

«Artículo 1.—Definición

»1. A los efectos del presente código, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es un acto o una omisión cometido por un individuo que por sí mismo constituya una amenaza grave e inmediata a la paz o la seguridad de la humanidad o dé como resultado su violación.

»2. En particular, los crímenes definidos en el presente código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.»

b) *Comentarios del Relator Especial*

9. Las observaciones de los gobiernos sobre este artículo se han referido principalmente a la cuestión relativa a saber si la definición por enumeración será suficiente o si será mejor recurrir a una definición general.

10. De las observaciones no se desprende que haya acuerdo sobre uno u otro método.

11. Podría aceptarse, sin perjuicio de mejorar su redacción, la fórmula de compromiso que propone el Gobierno de Bulgaria. Muchos códigos penales no contienen una definición general del concepto de crimen y se limitan a enumerar las infracciones que se consideran criminales, fundándose en el criterio de gravedad.

12. Otro debate suscitado por el proyecto de artículo 1 se refiere a la expresión «de derecho internacional» que figura entre corchetes. El Relator Especial, en última instancia, no ve obstáculo que se oponga a su supresión. El debate es puramente teórico. Desde el momento en que el código pase a ser un instrumento internacional, los crímenes en él tipificados serán crímenes de derecho penal internacional convencional.

Artículo 2

13. El artículo 2 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 2.—Tipificación

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

a) Observaciones de los gobiernos

Austria

14. El Gobierno de Austria estima (párr. 3) que la idea expresada en la segunda oración no es necesaria, pues «se deduce ya de la primera oración, según la cual la tipificación es independiente del derecho interno».

Brasil

15. A juicio del Gobierno del Brasil (párr. 4), parece haber una contradicción entre los artículos 2 y 3, pues el artículo 2 se refiere a un acto u omisión, en tanto que el artículo 3 se refiere solamente a la comisión del acto y no a la omisión.

Costa Rica

16. El Gobierno de Costa Rica teme que al estatuir la completa autonomía del derecho internacional en relación con el derecho interno, el proyecto de artículo crearía la posibilidad de un doble castigo por el mismo hecho, una vez en virtud del derecho interno y otra en virtud del derecho internacional (párr. 12).

Países nórdicos

17. Los Gobiernos de los países nórdicos estiman que debiera darse un carácter menos categórico a la disposi-

ción del artículo 2, ya que el proyecto de código abarca también crímenes que generalmente son punibles por el derecho interno (párr. 13).

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

18. Según el Gobierno del Reino Unido (párr. 6),

[Es] difícil concebir que deban sancionarse con arreglo a un código internacional actos que no sean en general punibles en virtud de las legislaciones penales nacionales. Puede sospecharse que el artículo tiene por objetivo que el autor de un acto penado en el código no quede impune debido a que dicho acto no constituye delito con arreglo a la ley vigente en el momento de su comisión en el lugar en que fue cometido.

b) Comentarios del Relator Especial

19. El artículo 2 consagra la autonomía del derecho penal internacional en relación con el derecho interno.

20. En consecuencia, que un delito sea tipificado como homicidio por el derecho interno de un Estado no impide que el mismo acto pueda ser tipificado como genocidio con arreglo al código si se reúnen los elementos constitutivos del genocidio.

21. Algunos gobiernos, considerando que la segunda frase del artículo 2 del proyecto es redundante, proponen su supresión.

22. El Relator Especial no ve inconveniente alguno en esa supresión.

CAPÍTULO II.—PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3

23. El artículo 3 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 3.—Responsabilidad y castigo

1. El que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenido por responsable de ese acto e incurrirá en una pena.

2. El que proporcione ayuda o asistencia o los medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad o que conspire para cometer tal crimen o incite directamente a cometerlo será tenido por responsable e incurrirá en una pena.

3. El que ejecute un acto que constituya una tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [a que se refieren los artículos...] será tenido por responsable e incurrirá en una pena. Se entiende por tentativa todo comienzo de ejecución de un crimen que no ha producido el resultado pretendido o ha sido interrumpido sólo por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Comentarios del Relator Especial

1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

24. El artículo 3 postula el principio de la responsabilidad penal internacional del individuo, principio admitido contemporáneamente en el derecho penal internacional después de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg³.

25. El párrafo 3 del artículo ha sido objeto de reservas por parte de algunos miembros de la Comisión que han señalado, no sin pertinencia, que la tentativa no es aplicable a todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Difícilmente cabe imaginarse, por ejemplo, que la amenaza de agresión pueda ser objeto de tentativa.

26. No obstante, hay casos en los cuales la tentativa está expresamente prevista en las convenciones vigentes. Así ocurre, en particular, en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (artículo III, apart. *d*).

27. Por esa razón, los miembros de la Comisión habían propuesto que se determinaran, caso por caso, los crímenes tipificados que podían ser objeto de tentativa. Ese trabajo, a más de imposible, es inútil. Como lo señala el Gobierno de Belarús (párr. 6):

[Es] casi inútil examinar cada crimen a fin de determinar si puede calificarse de tentativa: hay que conceder a los tribunales competentes el derecho a decidir por sí mismos si esa noción es aplicable a los asuntos concretos sometidos a su examen.

2. PROPUESTA DEL RELATOR ESPECIAL

28. El Relator Especial comparte esa opinión. Con todo, propone un nuevo texto para el párrafo 3 con objeto de reemplazar la expresión crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad por la expresión «uno de los actos tipificados en el presente código». En consecuencia, ese párrafo rezaría como sigue:

«Quien realice un acto que constituya una tentativa de cometer uno de los actos tipificados en el presente código será responsable de esos hechos y podrá ser sancionado por ellos.»

29. De esa manera, sólo se sancionará el acto si el tribunal estima que, en el caso, constituye realmente una tentativa.

Artículo 4

30. El artículo 4 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 4.—Móviles

La responsabilidad por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no resultará afectada por cualesquiera móviles ajenos a la definición del crimen que invoque el acusado.

³ Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse*, memorando del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.7).

a) *Observaciones de los gobiernos*

31. A juicio de algunos gobiernos, sería más apropiado incorporar esta disposición en el artículo 14, que se refiere a las causas de justificación y a las circunstancias atenuantes.

Austria

32. El Gobierno de Austria opina (párr. 7) que los móviles podrían tenerse en cuenta «como una circunstancia agravante o atenuante».

Costa Rica

33. Según el Gobierno de Costa Rica (párr. 21), la disposición va demasiado lejos pues «[E]l respeto a la dignidad de la justicia comienza por el respeto al inculcado, y de allí que sea necesario e imprescindible no cerrar portillos a la defensa...».

Países Bajos

34. El Gobierno de los Países Bajos considera (párr. 35) que este artículo es redundante, ya que el artículo 14 trata las mismas cuestiones.

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

35. El Gobierno del Reino Unido opina (párr. 9) que sería más apropiado que esta disposición formara parte del artículo 14.

b) *Comentarios del Relator Especial*

1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

36. El presente artículo suscita muchas reservas.

37. Para algunos gobiernos constituye una traba a los derechos de la defensa en la medida en que prohíbe al acusado aducir sus propios móviles como medio de defensa. Así opina el Gobierno de Costa Rica.

38. A juicio del Gobierno del Reino Unido, sería más apropiado que esta disposición formara parte del proyecto de artículo 14, que se refiere a las causas de justificación y a las circunstancias atenuantes. Igual opinión expresa el Gobierno de los Países Bajos.

2. PROPUESTA DEL RELATOR ESPECIAL

39. El Relator Especial opina que el artículo debería suprimirse. Adolece de falta de claridad. A veces, los móviles forman parte de la tipificación de un delito, pero otras veces no ocurre así. En el caso del genocidio, por

ejemplo, los móviles son uno de los atributos de la tipificación. En verdad, el genocidio es un crimen cuyo autor está animado por móviles de índole racial, política o religiosa. Cuando no hay un móvil, tampoco hay delito. Sin embargo, hay casos en los cuales los móviles no forman parte de la definición de la infracción.

40. A juicio del Relator Especial, el presente proyecto de artículo debiera pura y simplemente suprimirse.

Artículo 5

41. El artículo 5 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 5.—Responsabilidad de los Estados

El procesamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonera a ningún Estado de responsabilidad en derecho internacional por un acto o una omisión que le sea atribuible.

a) *Observaciones de los gobiernos*

Bélgica

42. Según el Gobierno de Bélgica (párrs. 15 y 16),

Sería pertinente que un artículo del código regulara la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, en el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Estado como tal está necesariamente implicado, ya sea directamente, como agente activo y a veces exclusivo, ya sea indirectamente, por su pasividad o su imprevisión. Por ello, parece anormal que el código no trate la cuestión de la responsabilidad del Estado. [...] la mención de la responsabilidad del Estado en el código permitiría dar un fundamento jurídico sólido a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios a las víctimas de los actos criminales y a sus causahabientes.

Además, hacer responsable de los crímenes al Estado, independientemente de la responsabilidad de los gobernantes y de los agentes del Estado, tendría como consecuencia que la colectividad nacional se sintiera ella misma afectada por los actos imputados, lo que haría difícil que esa colectividad descargara toda la responsabilidad sobre los gobernantes a los que la nación ha confiado el poder político.

Costa Rica

43. El Gobierno de Costa Rica (párr. 22) considera necesario el artículo «para la reparación de los daños provocados por este tipo de delitos».

Países nórdicos

44. Los países nórdicos opinan en igual sentido y dicen (párr. 16) que se debe asegurar que no se exonere «a los Estados de responsabilidad por las reparaciones de guerra».

Polonia

45. Así opina también el Gobierno de Polonia (párr. 28):

El enjuiciamiento, la condena y la imposición de sanciones a los individuos en virtud de las disposiciones del código por los crímenes que en él se describen no es en ningún caso un sustituto de la responsabilidad de los Estados.

b) *Comentarios del Relator Especial*

46. El artículo 5 postula el principio de la responsabilidad internacional del Estado por los daños causados debido a la comisión por sus agentes de un acto criminal. No ha suscitado ninguna opinión desfavorable. Todos los gobiernos concuerdan en que se debe considerar internacionalmente responsable a un Estado por los daños que haya causado el acto criminal cometido por sus agentes.

47. Un mismo acto criminal puede entrañar a menudo dos consecuencias: una consecuencia penal, que es la sanción aplicada a su autor, y una consecuencia civil, que es la obligación de reparar el perjuicio causado. Con mucha frecuencia, en los crímenes que se examinan, los autores son agentes del Estado que actúan en el ejercicio de sus funciones. En ese caso, la responsabilidad incumbe al Estado, tanto más cuanto que los daños causados, en razón de su importancia y extensión, rebasan grandemente los medios de que pueden disponer los agentes del Estado, autores de esos crímenes, para atender a su reparación.

48. El proyecto de artículo 5 es, pues, oportuno y se debe conservar.

Artículo 6

49. El proyecto de artículo 6 adoptado en primera lectura dice así:

*Artículo 6.—Obligación de juzgar o de conceder la extradición**

1. El Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad deberá juzgarlo o conceder su extradición.

2. Si son varios los Estados que solicitan la extradición, se tendrá en cuenta especialmente la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no prejuzgarán la creación y la competencia de un tribunal penal internacional.

* Este artículo volverá a examinarse si se crea un tribunal penal internacional.

a) *Observaciones de los gobiernos*

Australia

50. El Gobierno de Australia señala (párrs. 9 y 10) que:

La obligación de «juzgar o conceder la extradición» puede hallarse en el derecho internacional en muchas convenciones multilaterales relativas a crímenes y tiene una importancia fundamental para la aplicación de esas convenciones. La necesidad de incorporarla al código no puede discutirse.

51. El Gobierno de Australia se pregunta, no obstante, si no habría que precisar los motivos por los que podría solicitarse la extradición y establecer las normas de procedimiento.

52. Estima también que en el proyecto no se resuelve el problema del orden de prioridad en el caso de que haya varias solicitudes de extradición.

Brasil

53. El Gobierno del Brasil insiste en la necesidad de pruebas suficientes en sustento de la solicitud de extradición (párr. 8).

Costa Rica

54. El Gobierno de Costa Rica insiste, también, en la necesidad de garantías suficientes en sustento de la solicitud de extradición (párr. 25).

Países Bajos

55. Igualmente, el Gobierno de los Países Bajos considera (párr. 37) que

[...] es esencial que se den suficientes garantías de que el sospechoso será tratado con arreglo a las disposiciones del artículo 8 del proyecto de código, lo que podría lograrse bien sea añadiendo una cláusula que prohíba expresamente la extradición si el Estado solicitante no da las garantías descritas en el artículo 8, o añadiendo al artículo 6 la frase «con sujeción a las garantías previstas en el artículo 8».

Reino Unido

56. El Gobierno del Reino Unido señala también que el principio del párrafo 1 del artículo 6 figura en muchas convenciones internacionales. Sin embargo, estima que ese principio debería estar limitado a los Estados que sean partes en la convención que contenga el código (párr. 12).

57. En relación con el párrafo 2, el Gobierno del Reino Unido menciona la dificultad que ha tenido la Comisión para enunciar una norma relativa al orden de prioridad de las solicitudes de extradición y dice que habitualmente se da prioridad al Estado en cuyo territorio se cometió el crimen.

58. Sin embargo, observa el mismo Gobierno, será remota la probabilidad de que una disposición de ese tipo sea aplicable cuando se solicite la extradición de altos funcionarios o jefes militares al Estado en el que hayan desempeñado sus funciones oficiales.

59. El Gobierno del Reino Unido, por último, señala el problema que se plantea cuando se solicita la extradición sin verdadera intención de enjuiciar.

Suiza

60. Como al Gobierno del Reino Unido, al Gobierno de Suiza le preocupa la situación que se crea cuando se presentan varias solicitudes de extradición (párr. 8).

Uruguay

61. El Gobierno del Uruguay vincula la aplicación del artículo 6 al establecimiento de una jurisdicción penal internacional (párr. 3).

b) Comentarios del Relator Especial

62. Los gobiernos, aunque no impugnan el principio enunciado en el artículo 6, se preocupan por las condiciones en que se aplicaría.

63. Una primera observación se refiere a las garantías que se han de dar al acusado cuya extradición se solicite. El tema se examinó con detenimiento en el informe de la Comisión relativo al establecimiento de una jurisdicción penal internacional⁴. A ese respecto, en el código debiera repetirse la fórmula adoptada en el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.

64. Una segunda observación se refiere al ámbito de aplicación del principio enunciado en el artículo 6. Según algunos Estados, ese principio sólo debe aplicarse a los Estados que sean parte en el código, opinión que se debe tener en cuenta.

65. La tercera observación se refiere al orden de prioridad que se ha de conferir a las solicitudes de extradición en casos de pluralidad de solicitudes.

66. Si bien se reconoce unánimemente el principio de la territorialidad del derecho penal y si bien, en consecuencia, debe tener prioridad la solicitud presentada por el Estado en cuyo territorio se cometió el delito, no por ello es menos cierto que el principio no se debe considerar absoluto. Como lo han observado algunos gobiernos, en especial los Gobiernos del Reino Unido y de Suiza, esa norma suscita reservas cuando el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen es responsable por su comisión.

67. Esa norma podría también suscitar reservas en la hipótesis de que existiera un tribunal penal internacional.

68. Cabe preguntarse si la solicitud del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen puede tener prioridad sobre la solicitud dimanada de una jurisdicción penal internacional.

69. La respuesta debiera ser negativa.

Artículo 7

70. El artículo 7 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 7.—Imprescriptibilidad

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

⁴ *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, anexo.

a) *Observaciones de los gobiernos**Costa Rica*

71. El Gobierno de Costa Rica dice (párrs. 27 y 28) que «el tema de la prescripción es un tema de política criminal y que los Estados no siguen reglas uniformes en lo que se refiere a la prescripción». Sigue diciendo que si bien tienen «en cuenta que la atrocidad involucrada en este tipo de delitos justificaría “moralmente” una imprescriptibilidad de la persecución [...] la tendencia jurídica moderna tiende a plazos de prescripción cortos». No obstante, a juicio del Gobierno de Costa Rica, la solución debería ser la de «fijar un plazo de prescripción que se debe negociar con los países sobre la base del término más largo de prescripción por delitos comunes en el derecho interno».

Países Bajos

72. Para el Gobierno de los Países Bajos, la imprescriptibilidad depende en gran parte de los crímenes que se incluyan en el código; preconiza que se incluyan en el código un número limitado de crímenes y que «sólo [si] esos crímenes tienen suficiente gravedad se puede justificar la exención de la prescripción» (párr. 39).

Países nórdicos

73. Así opinan también los países nórdicos (párr. 18), quienes estiman que si bien es aceptable la imprescriptibilidad de los crímenes más graves, «es bastante más dudosa en los casos en que las legislaciones penales nacionales concurrentes establezcan la prescripción después de un cierto período de tiempo».

Paraguay

74. El Gobierno del Paraguay propone que, en lugar de declarar la imprescriptibilidad, se establezca un plazo de prescripción mayor que el de los delitos comunes.

Polonia

75. El Gobierno de Polonia estima (párr. 30) que:

La disposición con arreglo a la cual no se aplicará la prescripción a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad constituye una prueba directa de que tales crímenes pertenecen fundamentalmente al derecho internacional y que deben ser configurados y establecidos en virtud de este derecho.

Reino Unido

76. Para el Gobierno del Reino Unido, la norma sugerida podría «entorpecer los intentos de reconciliación nacional y la concesión de la amnistía por crímenes» (párr. 13).

Turquía

77. El Gobierno de Turquía es de la misma opinión, pues propone que se establezca un plazo de prescripción que sea relativamente largo (párr. 5).

b) *Comentarios del Relator Especial*

1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

78. Las observaciones precedentes demuestran que la norma de la imprescriptibilidad no es aceptada unánimemente por los Estados.

79. La norma es de reciente data. Sólo apareció después de la segunda guerra mundial, en particular a instancias de las Naciones Unidas, en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y en la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, relativa a los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, en cuyo párrafo 1 se dice que esos crímenes serán objeto de enjuiciamiento «dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido».

80. Esos instrumentos, con todo, son de alcance limitado, pues se refieren exclusivamente a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad. Parece pues difícil hacer extensiva esa norma a los demás crímenes tipificados en el código.

2. PROPUESTA DEL RELATOR ESPECIAL

81. En esas condiciones, el Relator Especial estima que el artículo 7 debería suprimirse del proyecto de código. Sólo se pueden codificar las normas generales aplicables al conjunto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La norma enunciada en el artículo 7 no parece aplicable al conjunto de los crímenes tipificados en el Código, al menos en el estado actual de las convenciones vigentes.

Artículo 8

82. El artículo 8 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 8.—Garantías judiciales

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tendrá derecho sin discriminación a las garantías mínimas reconocidas a todo ser humano en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho. En particular, tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad y:

a) a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, debidamente establecido por la ley o por un tratado, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él;

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

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

d) a ser juzgado sin dilaciones indebidas;

e) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

f) 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;

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

h) a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

a) Observaciones de los gobiernos

Australia

83. Según el Gobierno de Australia, «en el artículo 8 se establecen las garantías mínimas necesarias para asegurar que un presunto delincuente sea juzgado de un modo justo» (párr. 12).

Austria

84. El Gobierno de Austria «está de acuerdo en general con el fondo de esta disposición, que corresponde esencialmente al artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» (párr. 8).

Brasil

85. El Gobierno del Brasil pide (párr. 10) que se vuelvan a redactar los apartados c y g del artículo 8. En efecto, el derecho del acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad «a comunicarse con el defensor de su elección debería ampliarse al defensor de oficio que se le nombre...».

Costa Rica

86. El Gobierno de Costa Rica, haciendo referencia a la Convención americana sobre derechos humanos, «Pacto de San José de Costa Rica», declara que, aunque no existiese el artículo 8, Costa Rica «aplicaría la Convención y las reglas constitucionales del debido proceso» (párr. 29).

Países Bajos

87. El Gobierno de los Países Bajos también atribuye gran importancia a las garantías estipuladas en el artículo 8.

b) Comentarios del Relator Especial

88. El proyecto de artículo que se examina ha suscitado una amplia unanimidad. Por otra parte, no hace sino conformarse a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵ y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 9

89. El artículo 9 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 9.—Cosa juzgada

1. Nadie podrá ser juzgado ni castigado en razón de un crimen penado por el presente Código por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional*.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 3, 4 y 5, nadie podrá ser juzgado ni castigado por un crimen penado por el presente Código en razón de un hecho por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional, a condición de que, en caso de condena, se haya cumplido o se esté cumpliendo la pena impuesta.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, cualquier individuo podrá ser juzgado y castigado por un tribunal penal internacional o un tribunal nacional en razón de un crimen penado por el presente Código cuando los hechos que hayan llevado al enjuiciamiento y la condena como crimen de derecho común correspondan a uno de los tipos establecidos en el presente Código*.

4. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, cualquier individuo podrá ser juzgado y castigado por un tribunal nacional de otro Estado en razón de un crimen penado por el presente Código:

a) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia de un tribunal extranjero haya tenido lugar en el territorio de ese Estado; o

b) cuando ese Estado haya sido la víctima principal del crimen.

5. En caso de nueva condena en virtud del presente Código, el tribunal deducirá, al dictar sentencia, toda pena impuesta y ejecutada como consecuencia de una condena anterior por el mismo hecho.

* La referencia a un tribunal penal internacional no prejuzga la cuestión de la creación de dicho tribunal

a) Observaciones de los gobiernos

Australia

90. De acuerdo con el Gobierno de Australia (párrs. 14 a 16) en el párrafo 1 «se establece una protección plena contra el enjuiciamiento por crímenes penados en el código de cualquiera que ya haya sido absuelto o condenado por un tribunal penal internacional».

91. En el párrafo 2, «sin embargo, se establece una protección más limitada contra el “doble enjuiciamiento” en el caso en que una persona ya hubiere sido absuelta o condenada en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional. La protección ofrecida por el párrafo 2 está sujeta a las excepciones que figuran en los párrafos 3 y 4».

⁵ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

92. En el párrafo 3 «se prevé que un individuo pueda ser juzgado tanto con arreglo al código como al derecho penal de un Estado por el mismo comportamiento [...] Aunque tales casos no puedan ser frecuentes, es indudable que debilitarían el principio *non bis in idem*, que es un principio fundamental del derecho penal de muchos países».

Costa Rica

93. Según el Gobierno de Costa Rica (párr. 32), el párrafo 3 «lesiona directamente el principio de *non bis in idem* y debe desaparecer completamente». Además, «el párrafo 5 también debe ser eliminado, ya que admite la doble condena por los mismos hechos que han figurado para el dictado de una sentencia por delito común» (párr. 34).

Países Bajos

94. El Gobierno de los Países Bajos (párr. 42) estima que el párrafo 3 del proyecto es incompatible con la regla de *non bis in idem*.

95. El Gobierno de los Países Bajos estima, además (párr. 44), que

[...] los problemas relativos a la norma de cosa juzgada sólo pueden impedirse mediante la concesión de competencia exclusiva al tribunal penal internacional previsto [...] En cualquier otra circunstancia surgirían problemas respecto a esa norma.

Reino Unido

96. El Gobierno del Reino Unido (párr. 15)

se reserva su posición sobre esa propuesta que, a primera vista, contradice las disposiciones correspondientes del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

b) Comentarios del Relator Especial

1. COMENTARIOS DE CARÁCTER GENERAL

97. De las observaciones mencionadas *supra* se desprende que el presente artículo 9 suscita muchas reservas de parte de los gobiernos.

98. Habida cuenta de las objeciones que suscitó en el seno del Comité de Redacción, cabe decir que el artículo es fruto de un compromiso entre dos tendencias diferentes.

99. Una tendencia, favorable al principio de *non bis in idem*, apoya su inclusión en el proyecto de código. Otra tendencia es hostil a esa inclusión. Se sabe que el principio enunciado en el párrafo reconoce numerosas excepciones. Se pueden contemplar dos hipótesis: a) que la decisión emane de una jurisdicción penal internacional, o b) que emane de una jurisdicción nacional.

2. PRIMERA HIPÓTESIS: EXISTENCIA DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

a) Observaciones explicativas

100. La hipótesis en la cual el principio de *non bis in idem* tiene mayor posibilidad de ser aceptado es la de la existencia de un tribunal penal internacional.

101. En el caso en que esa jurisdicción tuviera competencia exclusiva, el problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad del principio de *non bis in idem* carece de razón de ser, porque en ese caso, *puramente hipotético por el momento*, toda otra jurisdicción sería incompetente para conocer de un asunto que correspondiese a la competencia de la jurisdicción penal internacional.

102. Por el contrario, si la jurisdicción internacional tuviera competencia concurrente con la de las jurisdicciones internas, el principio de *non bis in idem* sí tendría razón de ser. La cuestión que podría plantearse sería la relativa a saber si un tribunal nacional puede conocer de un asunto previamente juzgado por el tribunal penal internacional.

103. La respuesta debe ser negativa, pues se anularía la autoridad de la jurisdicción internacional si se dejara que las jurisdicciones internas conocieran de un asunto del que ya ha conocido esa jurisdicción internacional.

b) Nuevo proyecto de artículo 9 propuesto por el Relator Especial

104. El artículo 9 debería quizás inspirarse en el proyecto de artículo 10 del estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia⁶ y podría decir como sigue:

«1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por un tribunal penal internacional.

»2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sólo podrá ser juzgada posteriormente por el tribunal penal internacional si:

»a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario en lugar de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad;

»b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de su responsabilidad penal internacional o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

»3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente código, el tribunal penal internacional tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por una jurisdicción nacional a la misma persona por el mismo acto ya ha sido cumplida.»

⁶ Doc. S/25704, anexo.

3. SEGUNDA HIPÓTESIS: AUSENCIA DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

105. Si no existiera un tribunal penal internacional, la aplicación del principio *non bis in idem* a los fallos dictados por una jurisdicción nacional sería, por el contrario, mucho más difícil. Ello es así porque el párrafo 2 del proyecto de artículo 9 sujeta la aplicación del principio *non bis in idem* a numerosas excepciones.

106. La primera excepción corresponde a la tipificación inexacta. Esa excepción no es una hipótesis académica. Bien podría tipificarse como delito común un hecho (homicidio, por ejemplo) que en realidad constituiría un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad (por ejemplo, genocidio).

107. Esa falsa tipificación puede ser voluntaria e inspirada por un sentimiento de benevolencia respecto del presunto autor del crimen. Ese caso podría darse si una persona inculpada encuentra refugio en un Estado amigo en el cual tiene afinidades políticas. Ese Estado la enjuicia en condiciones de favor, en cuyo caso, por imperio del principio *non bis in idem*, no se la podrá juzgar en otra jurisdicción nacional. En ese caso, la aplicación del principio abriría la puerta a maniobras y escapatorias que harían difícil la aplicación honesta y leal del principio *non bis in idem*.

108. Sin embargo, las excepciones más importantes son las estipuladas en el párrafo 4 en favor del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o en favor del Estado que ha sido víctima o cuyos nacionales han sido víctimas del crimen. Con esas excepciones, cabe presumir que el ámbito de aplicación del principio *non bis in idem* corre el riesgo de reducirse enormemente. Además, no hay certeza de que esos Estados darán prueba de más objetividad e imparcialidad que los Estados de cuya decisión recelan.

109. A juicio del Relator Especial, si debe haber excepciones a favor del Estado en el territorio del cual se ha cometido el crimen o del Estado cuyos nacionales han sido víctimas del crimen, no debiera autorizarse a esos Estados a que sus propios tribunales juzguen un asunto que ya ha sido juzgado por otro tribunal nacional. En esa hipótesis debiera ser el tribunal de un Estado no interesado el que interviniera por segunda vez.

110. Sin embargo, esa solución sería difícil de llevar a la práctica. Por esa razón, el Relator Especial estima que el principio *non bis in idem* no parece aplicable más que en la primera hipótesis examinada *supra*, es decir cuando exista un tribunal penal internacional.

Artículo 10

111. El artículo 10 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 10.—Irretroactividad

1. Nadie será condenado en virtud del presente Código por actos ejecutados antes de la entrada en vigor de éste.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio ni la condena de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, se consideraban criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional.

a) *Observaciones de los gobiernos*

Países Bajos

112. Según el Gobierno de los Países Bajos, debería suprimirse la expresión «de conformidad con el derecho internacional» (párr. 45).

Paraguay

113. El Gobierno del Paraguay declara (párr. 10) que la irretroactividad es

una norma cardinal de ordenamiento jurídico, [...] y es peligroso autorizar excepciones a ella. Creemos por ello que es conveniente la supresión del párrafo 2 del artículo.

El Gobierno del Paraguay se inquieta igualmente de la latitud extremadamente amplia que el comentario del artículo imparte a la palabra ley, que comprende no sólo la ley escrita, sino también la costumbre y los principios generales del derecho.

Turquía

114. Para el Gobierno de Turquía, por el contrario, el párrafo 2 enuncia un principio que figura «entre los principios básicos de derecho penal y debe emplearse en el proyecto» (párr. 6).

b) *Comentarios del Relator Especial*

115. El párrafo 1 no ha suscitado objeción alguna por parte de los gobiernos. Ese párrafo es la reafirmación de un principio fundamental del derecho penal.

116. El párrafo 2 ha sido objetado por un solo gobierno. Conviene recordar que el párrafo 2 es sólo una reiteración del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es aconsejable mantenerlo en su totalidad.

Artículo 11

117. El artículo 11 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 11.—Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no estará exento de responsabilidad criminal si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.

a) *Observaciones de los gobiernos**Austria*

118. El Gobierno de Austria propone (párr. 13) que se inserte en la tercera línea, después de las palabras «responsabilidad penal», la siguiente cláusula: «si conocía o debía haber conocido la ilicitud de las órdenes y...».

Belarús

119. El Gobierno de Belarús propone (párr. 12) que se reemplace la cláusula «si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden» por las palabras «si, en la situación dada, existía la posibilidad efectiva de no ejecutar dicha orden».

Costa Rica

120. El Gobierno de Costa Rica constata (párr. 37) que en el artículo sólo se encara «la posibilidad de castigo en el caso de que la orden, manifiestamente ilegal o violatoria de derechos humanos, haya sido aplicada por el agente estatal subordinado jerárquico» y propone que el proyecto siga el modelo del proyecto de código penal de España.

Países nórdicos

121. Según los países nórdicos (párr. 21), debe definirse más claramente la palabra «posibilidad».

Polonia

122. El Gobierno de Polonia se pregunta también (párr. 36) qué sentido tiene la expresión «dadas las circunstancias del caso».

b) *Comentarios del Relator Especial*

123. Ese principio ya está enunciado en los Principios de derecho internacional consagrados por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de ese Tribunal (principio IV)⁷. La Comisión se ha limitado a sustituir la expresión «si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción» por las palabras «si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden».

124. No conviene, sin fundamento serio, poner en tela de juicio ese principio, elaborado por la CDI y adoptado por la Asamblea General.

⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/1316)*, págs. 11 y ss. Texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 12, párr. 45.

Artículo 12

125. El artículo 12 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 12.—Responsabilidad del superior jerárquico

El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal si éstos sabían, o poseían información que les permitiera concluir, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen, y si no tomaron todas las medidas posibles a su alcance para impedir o reprimir ese crimen.

a) *Observaciones de los gobiernos**Países nórdicos*

126. Según los países nórdicos (párr. 22),

Esta disposición, que se refiere al hecho de que un superior no haya tratado de impedir un acto criminal, lleva la tipificación de esa falta de actuación más allá de lo que es aceptable en los países nórdicos. Para que exista tal responsabilidad, se requiere generalmente que las disposiciones sustantivas establezcan la obligación de actuar por parte de la persona que ha omitido hacerlo. Además, puede ser difícil conciliar la disposición con la definición de responsabilidad individual establecida en el artículo 3.

b) *Comentarios del Relator Especial*

127. El artículo 12 establece una presunción de responsabilidad que pesa sobre el superior jerárquico en los casos de crímenes cometidos por sus subordinados. Esa presunción de responsabilidad se deriva de la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales establecidos después de la segunda guerra mundial para conocer de los crímenes cometidos en el curso de esa guerra y que el Relator Especial ha citado abundantemente en su cuarto informe⁸. Esa jurisprudencia se funda en la presunción de responsabilidad que pesa sobre el superior jerárquico por negligencia o falta de vigilancia o consentimiento tácito, faltas todas ellas que hacen penalmente responsable al superior de los crímenes cometidos por sus subordinados⁹.

⁸ Véase *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), págs. 55 y ss., doc. A/CN.4/398.

⁹ En el asunto *Yamashita* se dice, en particular, lo siguiente:

«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 constituyen violaciones del derecho de guerra.»

[*Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 68, y *Law Reports of Trials of War Criminals* (recopilación 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. IV, pág. 43.]

En el asunto *del Alto Mando* se dice que un jefe militar no es automáticamente responsable por todos los actos de sus subordinados, siendo indispensable que haya habido un acto ilícito de su parte o una falta de vigilancia sobre sus subordinados que constituya una negligencia culpable. El superior jerárquico debe haber tenido conocimiento de los crímenes y haber consentido o participado en ellos o haberse abstenido culpablemente de oponerse a la participación de sus subordinados (ibíd., vol. XV, pág. 70).

Artículo 13

128. El artículo 13 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 13.—Carácter oficial y responsabilidad penal

El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal.

a) Observaciones de los gobiernos

Costa Rica

129. El Gobierno de Costa Rica observa lo siguiente (párr. 39):

Todo régimen de inmunidades parece ser exceptuado por este artículo; sin embargo, deben tomarse en cuenta, y como regla procesal penal, las diversas hipótesis en que este tipo de dignatarios de los países pueden ser perseguidos y no dejarlo como una regla de principio que como tal podría ser inaplicable.

Países nórdicos

130. A juicio de los países nórdicos (párr. 23):

Cabe presumir que incluso los Jefes de Estado no pueden estar exentos de responsabilidad internacional por sus actos si los mismos constituyen un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esa regla debe aplicarse incluso cuando lo contrario esté establecido en la Constitución de un Estado determinado.

Polonia

131. Desde el punto de vista del Gobierno de Polonia (párr. 37):

En las disposiciones del artículo 13 no se reconoce inmunidad alguna en razón de la posición o el cargo que ocupara un individuo que ha cometido un crimen, incluidas las personas que hayan actuado como Jefes de Estado o de Gobierno. Es una limitación grave pero lógica y razonable a la inmunidad plena de los Jefes de Estado. Tal inmunidad no puede permitirles colocarse al margen de la responsabilidad penal por delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Reino Unido

132. El Gobierno del Reino Unido considera que (párr. 17):

[...] es importante para la aplicación eficaz del código que no se exima a los funcionarios, incluidos los Jefes de Estado o de Gobierno, de responsabilidad penal por razón de su carácter oficial. Sin embargo, la

Igualmente, en el fallo dictado por el Tribunal de Tokio figura un pasaje interesante sobre la responsabilidad por crímenes cometidos contra prisioneros de guerra, que demuestra que el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente quería también establecer, como principio, la obligación del superior jerárquico de saber que sus subordinados cometen un crimen:

«Es deber de todos los responsables asegurar el trato adecuado de los prisioneros e impedir que se les someta a malos tratos, para lo cual deben establecer y asegurar el funcionamiento permanente y eficaz de un régimen apropiado para lograr esos fines.»

CDI no ha considerado aquí, ni en el artículo 9, la posible inmunidad de proceso judicial de esos funcionarios. La CDI debería considerar la inmunidad de jurisdicción que los funcionarios puedan invocar con arreglo al derecho internacional, así como examinar la relación entre este proyecto y las normas vigentes sobre la materia.

b) Comentarios del Relator Especial

133. La opinión del Gobierno de Costa Rica no parece aceptable.

134. Es difícil prever con detalle los diferentes casos en los cuales los Jefes de Estado o de Gobierno deben ser perseguidos por estos crímenes. Lo que sí se puede decir es que cada vez que un Jefe de Estado o de Gobierno comete un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, debe ser sometido a juicio. El artículo 13 debería mantenerse en su forma actual.

Artículo 14

135. El artículo 14 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 14.—Causas de justificación y circunstancias atenuantes

1. El tribunal competente apreciará la existencia de causas de justificación conforme a los principios generales del derecho teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen.

2. Al dictar sentencia, el tribunal tomará en consideración, cuando proceda, las circunstancias atenuantes.

a) Observaciones de los gobiernos

Australia

136. El Gobierno de Australia estima que (párr. 18) debería precisarse la referencia a las «causas de justificación conforme a los principios generales del derecho» que figura en el párrafo 1. Si el código va a tratar cuestiones esenciales como las penas, debe ocuparse también de otras cuestiones esenciales como son las causas de justificación. En los sistemas en los que se garantiza constitucionalmente un juicio justo (*due process*), podría considerarse que el artículo 14 es inconstitucional a causa de su imprecisión.

137. El Gobierno australiano estima, además (párr. 9) que

debe examinarse la posibilidad de dividir el artículo 14 en dos artículos: uno que se ocuparía de las causas de justificación y el otro de las circunstancias atenuantes. Como señalaron algunos miembros de la CDI [...], son dos conceptos diferentes, que se tratarían mejor por separado.

Austria

138. El Gobierno de Austria señala (párr. 14) que este artículo trata de dos cuestiones de derecho penal diferentes: los hechos excluyentes de la responsabilidad penal

(párr. 1) y las circunstancias atenuantes (párr. 2). Las circunstancias, tanto atenuantes como agravantes, permiten modular el monto de la pena aplicable al autor de un crimen, pero no tiene nada que ver con la responsabilidad penal.

139. El Gobierno de Austria (párrs. 15 y 16),

no comparte la oposición de algunos miembros de la CDI a que se tengan en cuenta las excusas absolutorias, como, por ejemplo, la enajenación mental, con respecto a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Debería completarse el párrafo 2 mencionando las circunstancias agravantes que también han de tenerse en cuenta para determinar la gravedad de la pena. Compartimos la opinión de algunos miembros de la CDI respecto a la inserción de una enumeración descriptiva de posibles circunstancias atenuantes (y agravantes).

Belarús

140. El Gobierno de Belarús señala (párr. 13) que:

[...] el texto ruso debería hablar de circunstancias atenuantes de la responsabilidad y no de circunstancias atenuantes del delito. Por lo demás, habría que escindir ese artículo en dos artículos distintos, ya que los párrafos 1 y 2 tratan de dos nociones jurídicas diferentes. Los motivos que se citen en el artículo relativo a las causas de justificación deben enunciarse claramente, mencionando en particular la legítima defensa, el estado de necesidad, la coacción y el error de buena fe. Su aplicabilidad a cada tipo de crimen podría dejarse a la apreciación del tribunal.

141. El Gobierno de Belarús señala (párrs. 14 y 15) también que:

La cuestión de las circunstancias atenuantes puede examinarse en relación con la de las penas. Sería preferible elaborar un artículo general sobre las penas aplicables a todos los crímenes, en el que se fijarían una pena mínima y una pena máxima y se enumerarían las circunstancias atenuantes. En lugar de enunciar una escala de penas, en caso de aplicación de las disposiciones del código por los tribunales nacionales, se podría estipular que los crímenes sean castigados teniendo en cuenta su gravedad y peligrosidad extremas.

La enumeración de las circunstancias atenuantes podría darse a título de ejemplo e incluir, en particular, la comisión de un crimen bajo amenaza o siguiendo órdenes de un superior jerárquico, así como el arrepentimiento y la confesión de culpabilidad.

142. El Gobierno de Belarús se congratula (párr. 16)

de que se haya renunciado a distinguir en el proyecto de código entre los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. [...] hay que abstenerse de introducir, en la fase de la elaboración de normas jurídicas, una división de los crímenes en función de la participación del Estado. El criterio de la participación del Estado desempeñará un papel excepcionalmente importante en otra fase: la del establecimiento del mecanismo de aplicación del código.

Bélgica

143. De acuerdo con el Gobierno de Bélgica (párrs. 17 y 18):

La noción de causas de justificación, prevista en el artículo 14 [...], parece difícilmente aplicable a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Se plantea entonces la cuestión de saber si no sería preferible suprimir el artículo 14. El juez podrá, en todo caso, recurrir a los principios generales de derecho penal, como las circunstancias atenuantes, cuando tenga que apreciar la situación en que se ha perpetrado* el acto *criminal**.

Brasil

144. El Gobierno del Brasil (párr. 12) señala que:

[...] en cuanto al artículo 14, tratándose de las causas de justificación y de las circunstancias atenuantes, parece insuficiente referirse sin más a los principios generales del derecho. Las disposiciones son algo imprecisas, ya que es difícil, basándose sólo en «los principios generales del derecho», indicar qué circunstancias deben tenerse en cuenta. De hecho, el gran número de disposiciones de un alcance general parece ser uno de los mayores problemas que dificultan la labor de codificación de la CDI. Por lo que se refiere a este proyecto, el derecho penal, por su propia naturaleza y los valores afectados, requiere un alto grado de definición y exige una regulación más detallada.

Costa Rica

145. Según el Gobierno de Costa Rica (párr. 40):

Si se desea abordar de manera más técnica la necesidad de que el juez aprecie este tipo de circunstancias, es necesario redactar una regla genérica de los aspectos que deben ser tomados en cuenta *para la medición del reproche, tal y como se hace en el artículo 71 del Código Penal costarricense vigente**. En todo caso, y aunque este artículo toma muchas agravantes y atenuantes para esta medición, ya los tipos penales pueden considerar la existencia de aspectos calificantes que incidan en el monto de pena pero desde la misma incriminación, reduciendo con ello el grado de arbitrio del juez. Es una decisión político-criminal que debe ser valorada.

Países nórdicos

146. A juicio de los países nórdicos (párrs. 24 a 26):

Los párrafos 1 y 2 deberían colocarse en artículos separados debido a que hay una diferencia fundamental entre las circunstancias que eximen de responsabilidad al autor de un acto y las circunstancias que se tienen en cuenta en la sentencia.

Tal como está redactado actualmente el artículo no da indicación alguna de las circunstancias que han de tenerse en cuenta al juzgar un crimen. El tribunal tiene así amplia libertad para interpretar la disposición, lo que difícilmente se ajusta al principio de la preeminencia de la ley. A juicio de los países nórdicos sería apropiado determinar el significado de la legítima defensa y el estado de necesidad. El problema del consentimiento puede surgir también en diversos contextos.

Además, el proyecto de código incluye otros dos artículos que tratan de las razones por las que puede eximirse de responsabilidad al autor de un crimen, a saber los artículos 11 y 13 y que convendría fusionar con el artículo 14. Un modo de hacerlo podría ser enumerar las circunstancias que eximen de responsabilidad a un individuo y las que no lo eximen. Las circunstancias indicadas en los artículos 11 y 13 del texto actual figurarían entre las que no eximen de responsabilidad.

147. Los países nórdicos señalan también (párr. 27):

Otro problema del proyecto de artículos es que no incluye ninguna disposición que tenga en cuenta los casos en que el autor estaba demente o era irresponsable por otras razones en el momento de cometer el acto.

148. Según los países nórdicos (párr. 28):

El párrafo 2 del artículo 14 debería mencionar también las circunstancias agravantes. Además, habría que definir, con la ayuda de ejemplos, lo que significan los términos «circunstancias atenuantes y agravantes», pues la disposición, tal como está redactada actualmente, es muy poco clara.

Paraguay

149. El Gobierno del Paraguay constata (párr. 11) que el artículo 14 estipula en su párrafo 1:

El tribunal competente apreciará la existencia de causas de justificación conforme a los principios generales del derecho teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen.

150. El Gobierno paraguayo observa:

En una materia tan importante penalmente como los eximentes (causas de justificación, causas de exculpación y de inimputabilidad), parece inconveniente otorgar un desmedido arbitrio al juez, como resultado de remitirse a los «principios generales del derecho». Más prudente sería, si no se quieren enunciar esas causas eximentes, remitirse a la legislación del país donde se cometió el delito.

Polonia

151. En lo que se refiere al párrafo 1, el Gobierno de Polonia subraya (párr. 38) que

este párrafo abarca las causas tradicionales de justificación en el derecho penal, entre ellas la legítima defensa, la coerción, el estado de necesidad, la fuerza mayor y el error, todas las cuales se relacionan con la existencia o no de responsabilidad. Las circunstancias atenuantes y quizás otra clase de circunstancias que podrían ser tenidas en cuenta por la CDI en la segunda lectura sólo determinan un aumento o disminución del grado de la pena.

152. El Gobierno polaco considera (párr. 39) que

el párrafo 2 debería complementarse con el agregado de las palabras «circunstancias agravantes y otras circunstancias tales como la personalidad del transgresor y la gravedad de las consecuencias del crimen».

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

153. El Gobierno del Reino Unido señala (párr. 18) que:

[...] no es deseable que sea imprecisa una disposición tan vital tanto para la conceptualización de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad como para los derechos del acusado. Cuanto más grave sea el crimen, menos probable es que se permitan una gran variedad de causas de justificación y circunstancias atenuantes. Si, como se prevé actualmente en el artículo 6, serán los tribunales nacionales los que tengan jurisdicción con arreglo al código, hay que volver a redactar el artículo 14. No puede permitirse que los tribunales nacionales determinen las causas de justificación y las circunstancias atenuantes admisibles en el marco del código. Se perderían totalmente la equidad y la coherencia. Es sintomático del apresuramiento y la falta de precisión con que se han elaborado estos artículos que en el párrafo 1 se deje abierta la posibilidad de que haya causas de justificación de determinados crímenes sin ningún intento de enumerarlas. Una enumeración separada sería el mejor enfoque; aunque ciertas causas de justificación de carácter general se aplicarían a todos los crímenes, es difícil concebir «causas de justificación generales» que abarquen adecuadamente las circunstancias de cada uno de los crímenes tipificados en la parte II.

Suiza

154. Según el Gobierno de Suiza (párr. 9):

La idea de reunir en un solo artículo dos nociones fundamentales del derecho penal, tan diferentes una de otra como las causas de justificación y las circunstancias atenuantes, parece discutible. Las causas de justificación tienen por objeto privar al acto de su carácter ilícito, ya que el actor no ha actuado con conciencia y voluntad. En suma, falta la responsabilidad, condición de la represión. Las circunstancias atenuantes, por el contrario, no privan al acto de su carácter ilícito. Simplemente, moderan sus consecuencias penales. Por ello, convendría prever dos disposiciones distintas.

b) Comentarios del Relator Especial

1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

155. El Relator Especial está de acuerdo con los gobiernos que estiman que los conceptos de causas de justificación y circunstancias atenuantes se deben tratar por separado. En realidad, ambos conceptos se sitúan en distintos planos. Si bien las causas de justificación privan al acto de carácter delictivo, las circunstancias atenuantes no excluyen su carácter delictivo, sino que mitigan sencillamente la responsabilidad penal del delincuente. En otras palabras, las causas de justificación guardan relación con la existencia o no existencia de un delito y las circunstancias atenuantes se vinculan con la sanción.

156. El Relator Especial opina también que las causas de justificación, dado que excluyen la infracción, deberían estar definidas en el código de la misma manera que se tipifican las infracciones en virtud del principio de *nullum crimen sine lege*.

157. Por esa razón, el Relator Especial propone un nuevo artículo 14 que trate de las causas de justificación, a saber la *legítima defensa*, la *coerción* y el *estado de necesidad*.

2. NUEVO ARTÍCULO 14 PROPUESTO POR EL RELATOR ESPECIAL

158. El Relator Especial propone un nuevo texto para el artículo 14 que dice así:

«Artículo 14.—Legítima defensa, coerción y estado de necesidad

»No habrá crimen cuando la motivación de los actos cometidos haya sido la legítima defensa, la coerción o el estado de necesidad.»

3. COMENTARIO AL NUEVO TEXTO PROPUESTO PARA EL ARTÍCULO 14

159. La legítima defensa a que se alude aquí no es la relacionada con la responsabilidad internacional del Estado que prevé el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que excluye la responsabilidad internacional del Estado por un acto que éste haya cometido en respuesta a una agresión. Con todo, como excluye la responsabilidad internacional de un Estado, la legítima defensa excluye al propio tiempo la responsabilidad internacional de los dirigentes de ese Estado por el mismo acto. En cuanto a los conceptos de coerción y estado de necesidad, cabe decir que la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales creados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg¹⁰ y por la Ley N.º 10 del Consejo de Control

¹⁰ Estatuto anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 285.

Interaliado en Alemania¹¹, había admitido esos conceptos con las reservas y condiciones siguientes:

- a) La coerción y el estado de necesidad deben constituir una amenaza presente o inminente¹²;
- b) El acusado que invoca las eximentes de coerción o el estado de necesidad no puede haber contribuido con su propia conducta a la coerción o al estado de necesidad¹³;
- c) No debe haber desproporción entre el bien que se ha protegido y el bien que se ha sacrificado para escapar a la amenaza¹⁴.

¹¹ 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)

¹² La condición relativa a la inminencia del peligro ha sido afirmada por el Tribunal Federal de Alemania en estos términos

«La orden de un superior jerárquico puede constituir el estado de coerción moral previsto en el párrafo 52 [del Código Penal alemán] pero ello supone que el agente haya sido constreñido a cometer el acto bajo amenaza de un peligro inminente [] El sentido del párrafo 52 no es el de que todos los que, bajo el régimen del nacional-socialismo, durante años, se pusieron voluntariamente al servicio del crimen y del terror puedan eximirse de responsabilidad con sólo aducir que hubieran tenido que temer por su integridad física o su vida si hubiesen rehusado a continuar participando en actos criminales» (Bundesgerichtshof, 14 de octubre de 1952, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, pág. 112)

Véase Henri Meyrowitz, *La repression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance a une organisation criminelle, en application de la loi N° 10 du Conseil de contrôle allié*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, págs. 405 y 406

¹³ La condición de que quien invoque la eximente de coerción o el estado de necesidad no debe haber coadyuvado, por su propia falta, a la coerción o el estado de necesidad, se ha subrayado. En el asunto de *la I G Farben*, el Tribunal Militar de los Estados Unidos declaró lo siguiente

«La excusa de la necesidad no se podrá admitir cuando el propio acusado que la invoque ha 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»

[Véase *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunal under Control Council Law N° 10 (Nuernberg, October 1946-April 1949)*, Washington (D C), U S Government Printing Office, 1949-1953, asunto VI, vol VIII, pág. 1179]

¹⁴ La condición de proporcionalidad entre el bien o interés protegido y el bien o interés sacrificado se ha elucidado en particular en el asunto *Krupp*. Los acusados, por temor de verse privados de la dirección de su empresa si no acataban las instrucciones generales pertinentes, sometie-

ron a los prisioneros a un régimen de trabajos forzados. Ese temor, dijo el Tribunal, no puede justificar una decisión en su propio favor y en perjuicio de víctimas infortunadas que, en esas circunstancias, carecían de toda opción

Nuevo artículo 15

161. El Relator Especial propone un nuevo artículo 15 que dice así:

«Artículo 15—Circunstancias atenuantes

»Al imponer las penas, el tribunal podrá tener en cuenta las circunstancias atenuantes.»

Comentarios del Relator Especial

162. Se admite en general en derecho penal que todo tribunal que conoce de una causa penal está facultado para examinar las circunstancias en las cuales se cometió la infracción y para determinar si existen circunstancias atenuantes de la responsabilidad del culpable.

163. Por otra parte, el Relator Especial no ha creído que le correspondiera tratar de las circunstancias agravantes, tratándose como se trata de crímenes que se consideran entre los más graves de los más graves. Sin embargo, incumbe a la Comisión dirimir la cuestión.

«[] 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» (ibíd. asunto X, vol IX, pág. 1446)

¹⁵ Henri Meyrowitz, *op cit*