



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/CN.4/460
15 de abril de 1994
ESPAÑOL
ORIGINAL: FRANCES

COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL
46° período de sesiones
Ginebra, 2 de mayo a 22 de julio de 1994

12° INFORME SOBRE EL PROYECTO DE CODIGO DE CRIMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

por el

Sr. Doudou THIAM, Relator Especial

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I. INTRODUCCION	1 - 5	5
II. PROYECTO DE ARTICULOS	6 - 163	5
Capítulo 1. Definición y tipificación	6 - 22	5
Artículo 1. Definición	6 - 12	5
A. Texto del proyecto de artículo	6	5
B. Observaciones de los gobiernos	7 - 8	6
C. Opinión del Relator Especial	9 - 12	6
Artículo 2. Tipificación	13 - 22	7
A. Texto del proyecto del artículo	13	7
B. Observaciones de los gobiernos	14 - 18	7
C. Opinión del Relator Especial	19 - 22	8

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
Capítulo 2. Principios generales	23 - 163	8
Artículo 3. Responsabilidad y sanción	23 - 29	8
A. Texto del proyecto de artículo	23	8
B. Opinión del Relator Especial	24 - 29	8
1. Observaciones explicativas	24 - 27	8
2. Propuesta del Relator Especial	28 - 29	9
Artículo 4. Móviles	30 - 40	9
A. Texto del proyecto de artículo	30	9
B. Observaciones de los gobiernos	31 - 35	9
C. Opinión del Relator Especial	36 - 40	10
1. Observaciones explicativas	36 - 38	10
2. Propuesta del Relator Especial	39 - 40	10
Artículo 5. Responsabilidad de los Estados	41 - 48	11
A. Texto del proyecto de artículo	41	11
B. Observaciones de los gobiernos	42 - 45	11
C. Opinión del Relator Especial	46 - 48	12
Artículo 6. Obligación de juzgar o de conceder la extradición	49 - 69	12
A. Texto del proyecto de artículo	49	12
B. Observaciones de los gobiernos	50 - 61	12
C. Opinión del Relator Especial	62 - 69	14
Artículo 7. Imprescriptibilidad	70 - 81	15
A. Texto del proyecto de artículo	70	15
B. Observaciones de los gobiernos	71 - 77	15
C. Opinión del Relator Especial	78 - 81	16
1. Observaciones explicativas	78 - 80	16
2. Propuesta del Relator Especial	81	16

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
Artículo 8. Garantías judiciales	82 - 88	16
A. Texto del proyecto de artículo	82	16
B. Observaciones de los gobiernos	83 - 87	17
C. Opinión del Relator Especial	88	18
Artículo 9. Cosa juzgada	89 - 110	18
A. Texto del proyecto de artículo	89	18
B. Observaciones de los gobiernos	90 - 96	19
C. Opinión del Relator Especial	97 - 110	20
1. Observaciones de carácter general	97 - 99	20
2. Primera hipótesis: existencia de un tribunal penal internacional	100 - 104	20
a) Observaciones explicativas	100 - 103	20
b) Nuevo proyecto de artículo 9 propuesto por el Relator Especial	104	21
3. Segunda hipótesis: ausencia de un tribunal penal internacional	105 - 110	21
Artículo 10. Irretroactividad	111 - 116	22
A. Texto del proyecto de artículo	111	22
B. Observaciones de los gobiernos	112 - 114	22
C. Opinión del Relator Especial	115 - 116	23
Artículo 11. Ordenes de un gobierno o de un superior jerárquico	117 - 124	23
A. Texto del proyecto de artículo	117	23
B. Observaciones de los gobiernos	118 - 122	23
C. Opinión del Relator Especial	123 - 124	24
Artículo 12. Responsabilidad del superior jerárquico	125 - 127	24
A. Texto del proyecto de artículos	125	24
B. Observaciones de los gobiernos	126	24

/...

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
C. Opinión del Relator Especial	127	25
Artículo 13. Carácter oficial y responsabilidad penal	128 - 134	26
A. Texto del proyecto de artículo	128	26
B. Observaciones de los gobiernos	129 - 132	26
C. Opinión del Relator Especial	133 - 134	27
Artículo 14. Circunstancias eximentes y atenuantes	135 - 160	27
A. Texto del proyecto de artículo	135	27
B. Observaciones de los gobiernos	136 - 154	27
C. Opinión del Relator Especial	155 - 160	31
1. Observaciones explicativas	155 - 157	31
2. Nuevo artículo 14 propuesto por el Relator Especial	158	31
3. Comentario del nuevo texto propuesto para el artículo 14	159 - 160	32
Artículo 15 (nuevo). Circunstancias atenuantes	161 - 163	33
A. Texto propuesto por el Relator Especial . . .	161	33
B. Comentario del Relator Especial	162 - 163	33

/...

I. INTRODUCCION

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 informe del año próximo.
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 está organizado de la siguiente manera: se reproduce, artículo por artículo, el proyecto aprobado en primera lectura; cada artículo va seguido de las observaciones de los gobiernos y luego de la opinión y las conclusiones del Relator Especial. Las observaciones 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 tema¹. En su mayor parte, las cuestiones planteadas en las observaciones de los gobiernos ya habían sido objeto de una amplia elucidación en anteriores informes del Relator Especial y también de debate en sesión plenaria, razón por la cual el Relator Especial no consideró conveniente repetir esas elucidaciones y debates en segunda lectura, contentándose con remitirse a los informes precedentes y a los debates de la Comisión.
5. Seguidamente figuran los proyectos de artículos, seguidos por las observaciones de los gobiernos y de los comentarios y las conclusiones del Relator Especial.

II. PROYECTO DE ARTICULOS

Capítulo 1

DEFINICION Y TIPIFICACION

Artículo 1. Definición

A. Texto del proyecto de artículo

6. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

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

¹ Los comentarios y observaciones de los gobiernos figuran in extenso en el documento A/CNH/448 y Add.1.

B. Observaciones de los gobiernos

Bélgica

7. El Gobierno de Bélgica señala que "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 una definición general seguida por una enumeración. Esa propuesta se consigna en el siguiente proyecto de artículos:

"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 constituye 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."

C. Opinión del Relator Especial

9. Las observaciones de los gobiernos respecto del presente proyecto de artículos 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 avenencia 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 "crímenes 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. Tipificación

A. Texto del proyecto del artículo

13. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

"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."

B. Observaciones de los gobiernos

Austria

14. El Gobierno de Austria estima 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, 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.

Noruega

17. Noruega, respondiendo en nombre de los países nórdicos, estima que debiera darse un carácter menos categórico a la disposición del artículo 2, ya que el proyecto de código abarca también crímenes que generalmente son punibles por el derecho interno.

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

18. De acuerdo con el Gobierno del Reino Unido, "es difícil concebir que deban sancionarse con arreglo a un código internacional actos que no sean en general de un tipo punible en virtud de las legislaciones penales nacionales. Puede sospecharse que el artículo tiene por objetivo que el perpetrador de un delito penado en el código no pueda ser exonerado debido a que el acto no fuera punible con arreglo a la ley vigente en el momento de su comisión en el lugar en que fue cometido."

/...

C. Opinión del Relator Especial

19. El proyecto de artículo consagra la autonomía del derecho internacional penal 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 el artículo 2 del proyecto es redundante, proponen su supresión.
22. El Relator Especial no ve inconveniente alguno en esa supresión.

Capítulo 2

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3. Responsabilidad y sanción

A. Texto del proyecto de artículo

23. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:
- "1. Quien cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será responsable de ese acto y podrá ser sancionado por él.
2. Quien proporcione ayuda o asistencia o los medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, conspire para perpetrarlo o lo instigue directamente será responsable de ese acto y podrá ser sancionado por él.
3. Quien realice 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 responsable de sus hechos y podrá ser sancionado por ellos. 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 actor."

B. Opinión del Relator Especial

1. Observaciones explicativas

24. El proyecto de artículo postula el principio de la responsabilidad penal internacional del individuo, principio admitido contemporáneamente en el derecho penal internacional después del fallo del Tribunal Internacional de Nuremberg.
25. El párrafo 3 del presente proyecto de 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 (párrafo d) del artículo III).

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, 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 la instancia el acto constituye realmente una tentativa.

Artículo 4. Móviles

A. Texto del proyecto de artículo

30. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

"No obstará a la responsabilidad por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que el acusado invoque móviles no comprendidos en la definición del crimen."

B. 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 circunstancias eximentes y atenuantes.

Países Bajos

32. El Gobierno de los Países Bajos considera que este proyecto de artículo es redundante, ya que las mismas cuestiones se tratan en el artículo 14 relativo a las circunstancias eximentes y atenuantes.

/...

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

33. El Gobierno del Reino Unido opina que "[s]ería más apropiado que esta disposición formara parte del artículo 14".

Austria

34. El Gobierno de Austria opina igualmente que los móviles podrían tenerse en cuenta "como una circunstancia agravante o atenuante ...".

Costa Rica

35. Según el Gobierno de Costa Rica, la disposición va demasiado lejos, pues "el respeto a la dignidad de la justicia comienza por el respeto al inculpado, y de allí que sea necesario e imprescindible no cerrar portillos a la defensa ...".

C. Opinión del Relator Especial

1. Observaciones explicativas

36. El presente proyecto de 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 que se refiere a las circunstancias eximentes y atenuantes. Igual opinión expresa el Gobierno de los Países Bajos.

2. Propuesta del Relator Especial

39. El Relator Especial opina que el proyecto de 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. Responsabilidad de los Estados

A. Texto del proyecto de artículo

41. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

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

B. Observaciones de los gobiernos

Bélgica

42. De acuerdo con el Gobierno de Bélgica, 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 considera necesario el proyecto de artículo "para la reparación de los daños provocados por este tipo de delitos".

Noruega

44. El Gobierno de Noruega, respondiendo en nombre de los países nórdicos, opina en igual sentido y dice que se debe asegurar que no se exonera "a los Estados de responsabilidad por las reparaciones de guerra".

Polonia

45. Así opina también el Gobierno de Polonia: "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".

/...

C. Opinión del Relator Especial

46. El presente proyecto de artículo 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 es, pues, oportuno y se debe conservar.

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

A. Texto del proyecto de artículo

49. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

"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."

B. Observaciones de los gobiernos

Australia

50. El Gobierno de Australia señala 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

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

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. El Gobierno de Australia estima, también, que en el proyecto no se resuelve el problema del orden de prioridad en caso de haber varias solicitudes de extradición.

Brasil

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

Costa Rica

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

Países Bajos

55. Igualmente, el Gobierno de los Países Bajos considera 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 de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

56. El Gobierno del Reino Unido señala también que el principio del artículo 6 figura en muchas convenciones internacionales. Sin embargo, estima que ese principio debería estar limitado a los Estados que sean partes en el código.

57. Por último, en relación con el párrafo 2 del proyecto de artículo, 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. El Gobierno del Reino Unido dice que habitualmente se da prioridad al Estado en cuyo territorio se cometió el crimen.

58. Sin embargo, observa el mismo Gobierno, "la probabilidad de que una disposición sea viable será remota 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 a la atención el problema que se plantea cuando se solicita la extradición sin verdadera intención de enjuiciar.

/...

Suiza

60. Como al Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, al Gobierno de Suiza le preocupa la situación que se crea cuando se presentan varias solicitudes de extradición.

Uruguay

61. El Gobierno del Uruguay vincula la aplicación del proyecto de artículo al establecimiento de una jurisdicción penal internacional.

C. Opinión 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 internacional². A ese respecto, en el proyecto de 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 non bis in idem. 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 dimanada del 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.

² Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/48/10), anexo.

Artículo 7. Imprescriptibilidad

A. Texto del proyecto de artículo

70. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

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

B. Observaciones de los gobiernos

Costa Rica

71. El Gobierno de Costa Rica dice 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". Si bien se puede tener "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; "sólo esos crímenes tienen suficiente gravedad para justificar la exención de la prescripción".

Noruega

73. Así opina igualmente el Gobierno de Noruega (que responde en nombre de los países nórdicos), pues estima que si bien se reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes más graves, "es bastante más dudosa en los casos en que las legislaciones penales nacionales en conflicto establezcan la prescripción después de un cierto período de tiempo".

Polonia

74. El Gobierno de Polonia estima que "[l]a 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".

Paraguay

75. 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.

/...

Turquía

76. El Gobierno de Turquía es de la misma opinión, pues propone que se establezca un plazo que indudablemente ha de ser relativamente largo.

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

77. Para el Gobierno del Reino Unido, la norma sugerida podría "entorpecer los intentos de reconciliación nacional y la concesión de la amnistía por crímenes".

C. Opinión del Relator Especial

1. Observaciones explicativas

78. Las observaciones que se enuncian seguidamente 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, de 26 de noviembre de 1968, y en la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, 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 dicen 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 proyecto de artículo relativo a la imprescriptibilidad de los crímenes tipificados en el código debería suprimirse. 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 proyecto de 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. Garantías judiciales

A. Texto del proyecto de artículo

82. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

"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."

B. Observaciones de los gobiernos

Austria

83. El Gobierno de Austria "está de acuerdo en general con el fondo de esta disposición, que corresponde esencialmente al artículo 6 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales".

Brasil

84. El Gobierno del Brasil pide que se vuelvan a redactar los párrafos c) y g) del proyecto de artículo. 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".

/...

Australia

85. Según el Gobierno de Australia, "en ese artículo se establecen las garantías mínimas necesarias para asegurar que un presunto delincuente sea juzgado de un modo justo".

Costa Rica

86. El Gobierno de Costa Rica, haciendo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, declara que, "aunque no existiese este artículo 8, se aplicaría la Convención y las reglas constitucionales del debido proceso".

Países Bajos

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

C. Opinión 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 Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 2. Cosa juzgada

A. Texto del proyecto de artículo

89. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

"1. Nadie será 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*.

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

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."

B. Observaciones de los gobiernos

Australia

90. De acuerdo con el Gobierno de Australia, "[e]n 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.

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 la prohibición del 'doble enjuiciamiento', que es un principio fundamental del derecho penal de muchos países".

Países Bajos

93. El Gobierno de los Países Bajos estima que el párrafo 3 del proyecto es incompatible con la regla de non bis in idem.

94. El Gobierno de los Países Bajos estima, además, 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".

Costa Rica

95. Según el Gobierno de Costa Rica, 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".

/...

Reino Unido Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

96. El Gobierno del Reino Unido se reserva su posición "sobre esa propuesta, que, a primera vista, contradice las disposiciones correspondientes de la Convención Europea de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

C. Opinión del Relator Especial

1. Observaciones de carácter general

97. De las observaciones mencionadas supra se desprende que el presente proyecto de artículos 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 una avenencia 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 excepciones numerosas. Cabe pensar en dos hipótesis: que la decisión dimanara de una jurisdicción penal internacional o 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 correspondiera 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, pues, es 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 proyecto de artículo 9 debería quizás inspirarse en el proyecto de artículo 10 del estatuto de la jurisdicción internacional competente³ para conocer de los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y podría rezar 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 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 podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal solamente 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 la responsabilidad penal internacional o la causa no se transmitió 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 estatuto, el tribunal internacional tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por una jurisdicción nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida."

3. Segunda hipótesis: ausencia de un tribunal penal internacional

105. Si no existiera un tribunal penal internacional, la aplicación del principio de non bis in idem a los fallos dimanados de una jurisdicción nacional, por el contrario, sería mucho más difícil. Ello se debe a que el párrafo 2 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 de non bis in idem, no se la podrá juzgar en otra jurisdicción nacional. En ese caso la aplicación del principio abriría la

³ S/25704, anexo.

puerta a maniobras y escapatorias que harían difícil la aplicación honesta y leal del principio de non bis in idem.

108. Sin embargo, las excepciones más importantes son las estipuladas en el párrafo 8 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 de 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 hacer juzgar por sus propios tribunales un asunto que ya hubiera sido juzgado por otro tribunal nacional. En esa hipótesis debiera ser el tribunal de un Estado no interesado el que interviniera en segunda instancia.

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. Irretroactividad

A. Texto del proyecto de artículo

111. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

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

2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio ni la condena de todo 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."

B. Observaciones de los gobiernos

Paraguay

112. El Gobierno del Paraguay declara que la irretroactividad "[e]s ... una norma cardinal de ordenamiento jurídico, y es peligroso autorizar excepciones a ella. Creemos por ello que es conveniente la supresión del párrafo 2". 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

113. 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".

Países Bajos

114. Según el Gobierno de los Países Bajos, debería suprimirse la expresión "de conformidad con el derecho internacional".

C. Opinión 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 suscitado la objeción de 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. Ordenes de un gobierno o de un superior jerárquico

A. Texto del proyecto de artículo

117. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

"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 penal si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden."

B. Observaciones de los gobiernos

Austria

118. El Gobierno de Austria propone que se mejore el texto insertando, 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 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 considera que en el artículo "sólo se toma 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.

Noruega

121. Según el Gobierno de Noruega, que responde en nombre de los países nórdicos, "[d]ebe definirse más claramente la palabra 'posibilidad'".

Polonia

122. El Gobierno de Polonia se pregunta también qué sentido tiene la expresión "dadas las circunstancias del caso".

C. Opinión del Relator Especial

123. Ese principio ya está enunciado en los "Principios de derecho internacional consagrados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por el fallo de ese Tribunal" (principio IV). 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.

Artículo 12. Responsabilidad del superior jerárquico

A. Texto del proyecto de artículo

125. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

"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 penal 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."

B. Observaciones de los gobiernos

Noruega

126. Según el Gobierno de Noruega, que responde en nombre de los países nórdicos, esa "disposición, que se refiere al hecho de que un superior no ha tratado de impedir un acto criminal, lleva la tipificación de esa falta de

/...

actuación más lejos 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".

C. Opinión del Relator Especial

127. El proyecto de artículo que se examina 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 informe. Esa jurisprudencia se funda en la presunción de responsabilidad que pesa sobre el superior jerárquico por la negligencia o falta de vigilancia o consentimiento tácito, faltas todas ellas que hacen penalmente responsable al superior de los crímenes cometidos por sus subordinados⁴.

⁴ En el asunto Yamashita se dice, en particular, lo siguiente: "Cabe preguntarse si las leyes de la guerra imponen al comandante de un cuerpo de ejército la obligación de adoptar medidas apropiadas dentro de sus facultades para vigilar los actos de las tropas a sus órdenes a fin de prevenir los actos especificados que constituyen violaciones del derecho de la guerra ..."
(Law Reports, vol IX, pág. 66).

En el asunto del Alto Comando 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 de la sección de sus subordinados, que constituyan una negligencia culpable de su parte.

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 (Law Reports, vol. XV, pág. 70).

Igualmente, en el fallo dictado en el proceso 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 obligación de todos los responsables velar por que se dé un trato apropiado a los prisioneros e impedir que se les haga objeto de vejámenes, para lo cual deben establecer y asegurar el funcionamiento permanente y eficaz de un régimen apropiado para lograr esos fines". (Law Reports, vol. XV, págs. 72 y 73)

/...

Artículo 13. Carácter oficial y responsabilidad penal

A. Texto del proyecto de artículo

128. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

"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 penal."

B. Observaciones de los gobiernos

Costa Rica

129. El Gobierno de Costa Rica dice lo siguiente: "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".

Noruega

130. A juicio del Gobierno de Noruega, que responde en nombre de los países nórdicos, "[c]abe 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, "[e]n 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 de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

132. De acuerdo con el Gobierno del Reino Unido, "[e]videntemente, 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 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".

/...

C. Opinión 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 humanidad, debe ser perseguido. El proyecto de artículo debería mantenerse en su forma actual.

Artículo 14. Circunstancias eximentes y atenuantes

A. Texto del proyecto de artículo

135. El proyecto de artículo aprobado en primera lectura dice como sigue:

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

2. Al dictar sentencia, el tribunal tendrá en cuenta, cuando proceda, las circunstancias atenuantes."

B. Observaciones de los gobiernos

Australia

136. El Gobierno de Australia estima que "la referencia a las 'circunstancias eximentes conforme a los principios generales del derecho' que figura en el párrafo 1 del artículo 14 se debería elucidar. Si el código va a tratar de algunos de los elementos esenciales de un crimen (v.g., las penas), debe ocuparse también de otros elementos necesarios, como las circunstancias eximentes. En los sistemas en los que se garantiza constitucionalmente un juicio justo, podría considerarse que el proyecto de artículo 14 es inconstitucionalmente vago".

137. "Australia estima, además, que debe examinarse la posibilidad de dividir el artículo 14 en dos artículos: uno que se ocuparía de las circunstancias eximentes 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 que este "artículo trata de dos principios diferentes: el de tener en cuenta las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal (párrafo 1) y el de considerar circunstancias atenuantes (párrafo 2). Este último principio (así como las circunstancias agravantes) actúa en la determinación de la pena aplicable al perpetrador de un crimen, pero no tiene nada que ver con la responsabilidad penal".

/...

139. El Gobierno de Austria no comparte "la oposición de algunos miembros de la CDI a que se tuvieran en cuenta las razones que eximen del castigo (v.g., 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 hace ver que, en "el artículo 14, 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 circunstancias eximentes deben enunciarse claramente, mencionando en particular la legítima defensa, el estado de necesidad, la coacción y el error de buena fe (el error). La aplicabilidad a cada tipo de crimen podría dejarse a la apreciación del tribunal".

141. El mismo Gobierno señala que "[l]a cuestión de las circunstancias atenuantes, por su parte, 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 carácter de sumo peligro y gravedad". A juicio del Gobierno de Belarús, la enumeración de las circunstancias atenuantes podría darse a título de ejemplo y citar, 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 celebra 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" y estima "que 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 de establecimiento del mecanismo de aplicación del código".

Noruega

143. A juicio del Gobierno de Noruega, que responde en nombre de los países nórdicos, los "párrafos 1 y 2 deben colocarse en artículos separados, debido a que hay una diferencia fundamental entre las circunstancias que eximen de responsabilidad al perpetrador de un acto y las circunstancias que afectan a la magnitud de 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. Por ello, cualquier tribunal tiene libertad para interpretar la disposición, lo que difícilmente se ajusta a la norma del imperio del derecho. 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". Los países nórdicos señalan, además, que "el proyecto de código incluye otros dos artículos que tratan de las razones por las que puede eximirse de responsabilidad a un perpetrador, a saber, los artículos 11 y 13. Esos artículos deberían combinarse con el artículo 14. Un modo de hacerlo podría ser enumerar las circunstancias que eximen de responsabilidad a un individuo y las que no le eximen. Las circunstancias indicadas en los artículos 11 y 13 del texto actual figurarían entre las que no eximen de responsabilidad".

144. El mismo Gobierno señala lo siguiente: "Otro problema del proyecto de artículo es que no incluye ninguna disposición que rijan los casos en que el perpetrador está loco o, por alguna otra razón, no era responsable de sus acciones en el momento de cometer el acto".

145. A juicio del Gobierno de Noruega "[e]l párrafo 2 del artículo 14 debería regular también las circunstancias agravantes. Además, es preciso definir y ejemplificar lo que significan los términos circunstancias atenuantes y agravantes, pues la disposición, tal como está redactada actualmente, carece prácticamente de sustancia".

Polonia

146. En lo concerniente al párrafo 1, el Gobierno de Polonia desea subrayar que, a su entender, "este párrafo abarca las causas tradicionales de justificación en el derecho penal, entre ellas la legítima defensa, la coerción, el estado de necesidad, la violencia 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".

147. El Gobierno de Polonia estima que el párrafo 2 "debería complementarse con el agregado de las palabras 'circunstancias agravantes' y también 'otras circunstancias tales como la personalidad del transgresor, la gravedad de las consecuencias del crimen y demás que proceda tener en cuenta'".

Paraguay

148. El Gobierno del Paraguay toma nota de que el artículo 14 dispone que "el tribunal competente apreciará la existencia de circunstancias eximentes conforme a los principios generales de derecho, teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen".

149. A juicio del Gobierno del Paraguay, "[e]n una materia tan importante penalmente como los eximentes (causas de justificación, causas de inculpabilidad y de imputabilidad), parece inconveniente otorgar un desmedido arbitrio al juez, el hecho de remitirse a los 'principios generales del derecho'. Más prudente sería, si no se quiere enunciar esas causas, remitirse a la legislación del país donde se cometió el delito".

Bélgica

150. De acuerdo con el Gobierno de Bélgica, la noción de circunstancias eximentes, prevista en el artículo 14 del proyecto, 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

151. El Gobierno del Brasil señala que, por lo que respecta al artículo 14, tratándose de las circunstancias eximentes y atenuantes, parece insuficiente referirse sin más a los principios generales del derecho. "Las disposiciones son algo vagas, 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, requieren un alto grado de definición y exige una regulación más detallada".

Costa Rica

152. Según el Gobierno de Costa Rica, si "se desea tomar 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".

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

153. El Gobierno del Reino Unido señala que "[e]videntemente, no es deseable que sea vaga 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 circunstancias eximentes y 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 esbocen circunstancias eximentes y atenuantes que serán admitidas con arreglo al 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 circunstancias eximentes de determinados crímenes sin ningún intento de enumerarlas. Una enumeración separada sería el mejor enfoque; aunque ciertas circunstancias eximentes de carácter general se aplicarían a todos los crímenes, es difícil concebir

/...

'eximentes universales' que abarquen adecuadamente las circunstancias de cada uno de los crímenes tipificados en la parte II".

Suiza

154. De acuerdo con el Gobierno de Suiza, "[l]a idea de reunir en un solo artículo dos nociones fundamentales del derecho penal, tan diferentes una de otra como las circunstancias eximentes y las circunstancias atenuantes, parece discutible. Las circunstancias eximentes 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".

C. Opinión del Relator Especial

1. Observaciones explicativas

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

156. El Relator Especial opina también que las circunstancias eximentes, por excluir la infracción, debieran 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 circunstancias eximentes, 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 el siguiente texto:

"Artículo 14

Legítima defensa, coerción y estado de necesidad

No habrá crimen cuando los actos cometidos se justifiquen por la legítima defensa, la coerción o el estado de necesidad."

/...

3. Comentario del nuevo texto propuesto para el artículo 14

159. La legítima defensa en el presente contexto no es la relativa a la responsabilidad internacional del Estado que prevé el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. El Artículo 51 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 del 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 Nuremberg del 8 de agosto de 1945 y por la Ley No. 10 del Consejo de Control Interaliado en Alemania, había admitido esos conceptos con las reservas y condiciones siguientes:

a) La coerción y el estado de necesidad deben constituir una amenaza presente o inminente⁵;

b) El acusado que invoca las eximentes de coerción o el estado de necesidad no puede haber coadyuvado, por falta propia, a la coerción o el estado de necesidad⁶;

⁵ 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 artículo 52 no tiene por objeto que todos los que, bajo el régimen del nacional socialismo, durante años, se hayan puesto voluntariamente al servicio del crimen y del terror podrán eximirse de responsabilidad con sólo aducir que su integridad física o su vida habrían corrido peligro si se hubieran rehusado a continuar participando en actos criminales" (BGH, 14 de octubre de 1952, NUW 1953, pág. 112). Véase, también Henri Meyrowitz, La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962), pág. 406.

⁶ 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 Farben. El Tribunal Militar de los Estados Unidos declaró lo siguiente: "La eximente de necesidad es inadmisibles cuando el acusado que la aduce ha sido él mismo responsable de la existencia o inexistencia de esa orden o cuando su participación ha ido más allá de lo que se le exigía o era el resultado de su propia iniciativa" (Tribunal Militar de los Estados Unidos, caso VI, vol. VIII, pág. 1179).

c) No debe haber desproporción entre el bien que se ha protegido y el bien que se ha sacrificado para escapar a la amenaza⁷;

160. Conviene, por último, observar que esa jurisprudencia, inspirada en el derecho anglonorteamericano, no distingue entre coerción y estado de necesidad⁸.

Artículo 15 (nuevo). Circunstancias atenuantes

A. Texto propuesto por el Relator Especial

161. El Relator Especial propone el siguiente texto:

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

B. Comentario 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.

⁷ La condición de proporcionalidad entre el bien o interés protegido y el bien o interés sacrificado se ha elucidado en particular en el asunto del industrial Krupp et al. Los acusados, por temor de verse privados de la dirección de su empresa si no acataban las instrucciones generales pertinentes, sometieron 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. "Más bien, cabría decir, en 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 expusieron cotidianamente al peligro de muerte, y a sufrimientos físicos graves por causa de privaciones y de los implacables bombardeos aéreos contra las fábricas de armamentos, para no hablar de la servidumbre forzada y de otros vejámenes que padecieron. La desproporción entre el número de víctimas reales y eventuales es también una idea repugnante" (Tribunal Militar de los Estados Unidos, caso V, vol. VI., pág. 1446).

⁸ Henri Meyrowitz, La répression par les tribunaux ... (véase la nota 5 supra).