

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

[Tema 3 del programa]

## DOCUMENTO A/CN.4/448 y Add.1

### Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos

*[Original: árabe, español, francés, inglés y ruso]  
[7 de mayo, 20 de noviembre, 18, 20, 22 y 28 de diciembre de 1992,  
6, 14, 15, 26, 28 y 29 de enero,  
3, 4, 10 y 18 de febrero, 29 de marzo de 1993]*

#### ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Nota</i>	68
INTRODUCCION	70
<i>Sección</i>	
I COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS	
Australia	70
Austria	75
Belarus	77
Belgica	79
Brasil	82
Bulgaria	83
Costa Rica	85
Dinamarca*	92
Ecuador	92
Estados Unidos de America	92
Finlandia*	96
Grecia	96
Islandia*	96
Noruega*	96
Países Bajos	96
Países nórdicos	103
Paraguay	107
Polonia	109
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	113
Senegal	118
Sudan	119
Suecia*	119
Turquia	119
Uruguay	120
II COMENTARIOS Y OBSERVACIONES RECIBIDOS DE UN ESTADO NO MIEMBRO	
Suiza	121

---

\* La respuesta conjunta de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia se reproduce bajo el epígrafe **Países nórdicos**.

## NOTA

*Instrumentos multilaterales citados en el presente informe***Derechos humanos***Fuente*

Convencion para la prevencion y la sancion del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 78, pag 296
Convenio para la proteccion de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibid , vol 213, pag 221 En español, vease España, <i>Boletin Oficial del Estado</i> , N° 243, 10 de octubre de 1979
Convencion sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	<i>Derechos humanos Recopilacion de instrumentos internacionales</i> (publicacion de las Naciones Unidas, N° de venta S 88 XIV 1), pag 295
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 999, pag 241
Convencion americana sobre derechos humanos (San Jose, 22 de noviembre de 1969)	Ibid , vol 1144, pag 123
Convencion internacional sobre la represion y el castigo del crimen de apartheid (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	Ibid , vol 1015, pag 266
Convencion contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno periodo de sesiones, Suplemento N° 51</i> , resolucion 39/46, anexo

**Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas**

Convencion sobre la prevencion y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomaticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traites</i> , vol 1035, pag 191
--	---

**Medio ambiente y recursos naturales**

Convencion internacional para la reglamentacion de la caza de la ballena (Washington, 2 de diciembre de 1946)	Ibid , vol 161, pag 73
Convenio internacional para prevenir la contaminacion de las aguas del mar por hidrocarburos (Londres, 12 de mayo de 1954)	Ibid , vol 327, pag 3
Convencion sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (Washington, 3 de marzo de 1973)	Ibid , vol 993, pag 243
Convencion sobre la prohibicion de utilizar tecnicas de modificacion ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976)	Ibid , vol 1108, pag 175
Convencion sobre la contaminacion atmosferica transfronteriza a grandes distancias (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)	Doc E/ECE/100
Convencion para la proteccion fisica de los materiales nucleares (Nueva York y Viena, 3 de marzo de 1980)	Doc NPT/Conf II/6/Add 1
Convenio marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climatico (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	ILM, vol XXXI, N° 4, julio de 1992, pag 851

**Derecho aplicable en los conflictos armados**

Convenio y reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	J B Scott, ed , <i>Les Conventions et Declarations de La Haye de 1899 et 1907</i> , 3ª ed , Nueva York, Oxford University Press, 1918, pag 101
--	--

## Fuente

Convenio relativo a los derechos y deberes de las Potencias y las personas neutrales en caso de guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibid., pág. 133.
Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibid., pág. 151.
Convenio concerniente al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra (La Haya, 18 de octubre de 1907)	Ibid., pág. 157.
Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (Ginebra, 17 de junio de 1925)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. XCIV, pág. 65.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Comité Internacional de la Cruz Roja, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , Ginebra, 1986, págs. 25 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña	Ibid., pág. 25.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar	Ibid., pág. 50.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra	Ibid., pág. 70.
Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra	Ibid., pág. 140.
Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados (Protocolos I y II) (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1125, págs. 642 y ss.
Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989)	<i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto periodo de sesiones, Suplemento N.º 49, resolución 44/34, anexo.</i>

**Desarme**

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (Londres, Moscú y Washington, 10 de abril de 1972)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1015, pág. 180.
---	--

**Aviación civil**

Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Ibid., vol. 706, pág. 242.
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970)	Ibid., vol. 860, pág. 123.
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)	Ibid., vol. 974, pág. 198.
Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional (Montreal, 24 de febrero de 1988)	OACI, Dirección de Asuntos Jurídicos, documento 9518.

**Terrorismo**

Convención para la prevención y represión del terrorismo (Ginebra, 16 de noviembre de 1937)	Sociedad de las Naciones, documento C.546.M.383.1937.V.
---	---

Fuente

Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 1316, pag 238

#### Estupefacientes y sustancias sicotrópicas

Convenio sobre sustancias sicotrópicas (Viena, 17 de febrero de 1971) *Ibid*, vol 1019, pag 175

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988) Doc E/CONF 82/15 y Corr I

#### Navegación marítima

Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10 de marzo de 1988) y OMI, Convención N.º 18, 1988

Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental

### Introducción

1. En su 43.º período de sesiones, celebrado en 1991, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura los artículos del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, transmitir ese proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos de los Estados Miembros para que formularan sus comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentaran al Secretario General a más tardar el 1.º de enero de 1993<sup>2</sup>.

2. En el párrafo 9 de su resolución 46/54, y nuevamente en el párrafo 12 de su resolución 47/33, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia que tenía para la Comisión contar con sus opiniones acerca del proyecto de código y les instó a que presentaran sus comentarios y observaciones por escrito a más tardar el 1.º de enero de 1993.

3. Con arreglo a la petición de la Comisión, el Secretario General dirigió a los gobiernos circulares de fechas 20 de diciembre de 1991 y 1.º de diciembre de 1992, respectivamente, en las que les invitó a que presentaran sus comentarios y observaciones antes del 1.º de enero de 1993.

4. A 29 de marzo de 1993, el Secretario General había recibido 23 respuestas de Estados Miembros y otra de un Estado no miembro; los textos de esas respuestas aparecen en el presente documento.

<sup>1</sup> Para el texto, véase *Anuario 1991*, vol II (segunda parte), pags 101 a 105

<sup>2</sup> *Ibid*, pag 101, parr 174

## I.—Comentarios y observaciones recibidos de los Estados Miembros

### Australia

[Original inglés]  
[14 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. Australia felicita a la Comisión de Derecho Internacional por su aprobación en primera lectura del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Considera, sin embargo, que el código, tal como está redactado actualmente, presenta ciertas dificultades. Los comentarios que siguen se refieren tanto a

cuestiones generales que causan cierta inquietud como a esferas concretas que, a juicio de Australia, requieren mayor atención por parte de la Comisión.

#### *Carácter incompleto de la lista de los delitos*

2. Australia observa que el proyecto de código trata una gran variedad de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. No obstante, tal como está redactado actualmente, no incluye varios crímenes graves, como la piratería, el secuestro de buques o aeronaves y los crímenes contra las personas internacionalmente protegidas. La

Comisión no ha expuesto las razones de esas omisiones. Si se pretende que el código se ocupe plenamente de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no deben existir lagunas en él.

*Relación entre el código y las convenciones multilaterales vigentes*

3. La comunidad internacional ha elaborado en los últimos decenios un *corpus* cada vez más cuantioso de derecho penal internacional mediante la concertación de tratados multilaterales, que gozan de un amplio apoyo. En esos tratados se han elaborado mecanismos para hacer cumplir la ley basados en los sistemas jurídicos y los tribunales nacionales, reforzados por la cooperación entre los Estados partes para la extradición de los presuntos delincuentes y la asistencia judicial mutua para preparar su procesamiento.

4. Australia cree que la Comisión debería ocuparse de elaborar la relación entre el proyecto de código y esas convenciones multilaterales. Los Estados partes tendrán que poder conciliar sus obligaciones derivadas de las convenciones multilaterales en que ya sean partes y el código.

5. Australia reconoce que esa tarea será difícil. El código trata de delitos de los que ya se ocupan esas convenciones y vuelve a definirlos. En varios casos, el código omite elementos de un crimen ya tipificado o reduce su alcance. Por ejemplo, en el artículo 25 del código se recoge sólo uno de los elementos del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (denominada en lo sucesivo Convención de las Naciones Unidas de 1988).

6. Al resolver la relación entre el código y las convenciones multilaterales surgirán también cuestiones jurisdiccionales. Todas las convenciones reconocen, de una forma u otra, el concepto de jurisdicción universal. ¿Afectará el código a ese concepto al superponer una jurisdicción internacional basada en el principio de la territorialidad o en algún otro principio? La Comisión tendrá que tenerlo en cuenta al examinar las cuestiones jurisdiccionales derivadas del código.

*Establecimiento de penas*

7. Australia observa que se han incluido en el proyecto de código disposiciones relativas a las penas, basándose en que así lo requiere el principio *nulla poena sine lege*. Sin embargo, los Estados no han considerado necesario incluir disposiciones que se refieran específicamente a las penas en las convenciones multilaterales anteriormente mencionadas. Por el contrario, se ha requerido a los Estados partes que establezcan en su legislación nacional penas graves apropiadas para los delitos considerados en esas convenciones. Australia acepta, no obstante, que sería necesario establecer penas específicas en todos los casos en que se atribuya a un tribunal penal internacional la jurisdicción exclusiva para juzgar los crímenes incluidos en el código.

*Relación con un tribunal penal internacional*

8. Australia observa que la propuesta creación de un tribunal penal internacional es una cuestión separada del proyecto de código, pero es, sin embargo, pertinente. En el comentario de la Comisión se prevé una estrecha relación hasta el punto de determinar quién debe incoar el proceso y, respecto de esos delitos, la posible jurisdicción exclusiva de tal tribunal. Australia considera que la cuestión de la jurisdicción exclusiva sólo podría surgir en la medida en que el código se ocupe de los principales crímenes de guerra, pero, incluso en ese caso, no es evidente que tal jurisdicción deba ser necesariamente exclusiva. Australia acoge con satisfacción la petición hecha por la Sexta Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General de que la Comisión examine por separado las cuestiones del proyecto de código de crímenes y de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.

COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

*Artículo 6*

9. Australia observa que el artículo 6 del proyecto de código (Obligación de juzgar o de conceder la extradición) impone al Estado en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente la obligación de juzgarlo o de conceder su extradición. 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.

10. Australia cree, no obstante, que hay que considerar la cuestión de si el artículo 6 debe contener disposiciones más detalladas que rijan la extradición de los presuntos delincuentes. Esas disposiciones podrían ocuparse de los motivos por los que otros países podrían solicitar la extradición, el proceso de extradición con arreglo al código, la posibilidad de la extradición en virtud de tratados o acuerdos vigentes entre los países interesados y la creación de relaciones de extradición entre los países a los efectos de los crímenes incluidos en el código, cuando esas relaciones no existan previamente.

11. Además de la obligación de «juzgar o conceder la extradición», Australia cree que debería imponerse a los Estados la obligación de ayudarse mutuamente en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes incluidos en el código. Podría ocurrir que hubiera que obtener de varios países pruebas relativas a la comisión de un crimen. La falta de obtención de esas pruebas de uno o varios países, debido a su falta de cooperación, podría entorpecer grave o incluso fatalmente el enjuiciamiento de un presunto delincuente. Un ejemplo de disposición sobre la asistencia mutua puede hallarse en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas de 1988. Esa norma contiene una disposición amplia sobre la asistencia judicial recíproca entre los Estados partes en la Convención.

La inclusión de una disposición de ese tipo en el código requeriría un examen detallado.

#### Artículo 8

12. Australia cree que en el artículo 8 (Garantías judiciales) se establecen las garantías mínimas necesarias para asegurar que un presunto delincuente sea juzgado de un modo justo.

#### Artículo 9

13. Australia considera que el artículo 9 (Cosa juzgada) plantea ciertas dificultades.

14. 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.

15. 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.

16. 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. Cuando un tribunal nacional pronuncie un «fallo» (que puede ser una condena o una absolución) respecto a un individuo con arreglo al derecho penal nacional, el mismo tribunal tendrá jurisdicción, en virtud del párrafo 3, para procesar a ese individuo por delitos contra el código derivados del mismo comportamiento. Por lo tanto, un individuo absuelto con arreglo al derecho penal nacional podría ser condenado con arreglo al código por la misma conducta. 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.

17. En el párrafo 5 se procura establecer cierta protección para el individuo que haya sido condenado con arreglo al derecho penal nacional por un acto y que posteriormente sea condenado por el mismo acto con arreglo al código, al exigir que el tribunal que le condene con arreglo al código deduzca toda pena «impuesta y ejecutada» como consecuencia de la condena anterior. Sin embargo, cuando la pena «impuesta y ejecutada» con arreglo al derecho penal nacional sea idéntica a la que vaya a imponerse con arreglo al código, surge la cuestión de la utilidad del segundo proceso de ese individuo. Incluso puede darse el caso de que la pena aplicable con arreglo al código sea menor que la impuesta con arreglo al derecho penal nacional.

#### Artículo 14

18. Australia cree que habría que procurar elucidar la referencia, en el párrafo 1 del artículo 14, a «circunstancias eximentes conforme a los principios generales del de-

recho». Si el código va a tratar de alguno 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.

19. Australia cree también que debe examinarse la posibilidad de dividir el artículo 14 en dos artículos: uno se ocuparía de las circunstancias eximentes y el otro de las circunstancias atenuantes. Como señalaron algunos miembros de la Comisión, las circunstancias eximentes y las circunstancias atenuantes son dos conceptos diferentes, que se tratarían mejor por separado.

#### Artículo 15

20. El artículo 15 (Agresión) abarca, además de las guerras de agresión, los actos injustificados de agresión sin llegar a la guerra. Esa redacción rebasa el derecho internacional vigente, que sólo incluye como delito las guerras de agresión. Si bien la comunidad internacional consideraría ilícitos los actos de agresión sin llegar a la guerra y haría responsable de su ilicitud al Estado delincuente, no se sigue de ello que la comunidad internacional esté dispuesta a reconocer que individuos del Estado delincuente sean culpables de crímenes internacionales. Australia considera que habría que examinar nuevamente las consecuencias de tipificar como delitos actos individuales realizados en esas circunstancias.

21. Otra dificultad surge por la referencia al Consejo de Seguridad que figura en el artículo 15. De conformidad con el apartado *h* del párrafo 4 del artículo, la definición de agresión incluye «cualesquiera otros actos que el Consejo de Seguridad determine que, con arreglo a las disposiciones de la Carta, constituyen actos de agresión», y excluye, según el párrafo 3, los actos que el Consejo de Seguridad determine que no constituyen actos de agresión a la luz de otras circunstancias pertinentes. La relación entre el código y el Consejo de Seguridad es un problema excepcionalmente difícil, como señala la Comisión. En los sistemas constitucionales basados en la separación del poder judicial, no puede permitirse que un elemento fundamental de un delito sea determinado definitivamente por un órgano ejecutivo internacional, como el Consejo de Seguridad.

#### Artículo 16

22. El proyecto de artículo 16 (Amenaza de agresión) extiende la responsabilidad penal internacional a las autoridades que empleen amenazas de agresión para promover su causa. Australia observa que las resoluciones de la Asamblea General que reiteran la prohibición contenida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas no se refieren a la amenaza del uso de la fuerza como un crimen internacional. Australia reconoce que la amenaza de usar la fuerza constituye un acto ilegal del que debe considerarse responsable al Estado que lo cometa. Sin embargo, como en el caso del artículo 15, puede dudarse de que los Estados estén dispuestos a aceptar la

tipificación como delito de todas las amenazas de intervención o agresión.

#### Artículo 17

23. El artículo 17 (Intervención) se aplica a las autoridades que intervengan en los asuntos internos o externos de otro Estado mediante la organización o la financiación de actividades subversivas o terroristas. Si bien la intervención inquieta a todo sistema internacional dedicado al mantenimiento de la paz y la seguridad y basado en la soberanía de sus elementos constituyentes, no es actualmente un crimen con arreglo al derecho internacional. Dadas las dudas existentes en cuanto a la fuerza normativa del principio de no intervención, en particular respecto del bajo nivel de intervención tipificado como crimen en el proyecto de artículo 17, y la falta de apoyo jurisprudencial para su tipificación, Australia considera que su inclusión en el código requiere un nuevo examen.

#### Artículo 18

24. El artículo 18 (Dominación colonial u otras formas de dominación extranjera) se refiere al derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. Existe un considerable debate acerca de lo que ese derecho abarca y no parece satisfactorio definir los elementos de un delito por referencia a él.

25. También plantea dificultades a Australia la frase «dominación extranjera». Según el comentario de la Comisión, por dominación extranjera debe entenderse «toda ocupación o anexión extranjera»<sup>1</sup>. Esto parece constituir una categoría de agresión más que un delito contra el derecho a la libre determinación. Por otra parte, esta frase amplía el ámbito del artículo fuera del contexto colonial al que se ha aplicado clásicamente el principio.

#### Artículo 19

26. Australia no tiene dificultad alguna en aceptar el fondo del artículo 19 (Genocidio), que se basa enteramente en la definición del artículo II de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, pero es preciso que la Comisión vuelva a estudiar la cuestión de la pena aplicable.

27. La pena que ha de establecerse en el párrafo I del artículo 19 puede ser incongruente con la Convención citada, por la que los Estados partes se comprometen, en virtud del artículo V, a «establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio».

#### Artículo 20

28. Australia sugeriría que se modificara la redacción del artículo 20 (Apartheid) a fin de que reflejara mejor la

Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid.

29. Con arreglo al párrafo 2 del artículo, la política o las prácticas deben realizarse con fines de dominación y opresión raciales. Se incorpora así un elemento de intención que puede resultar difícil de probar. En el artículo 1 de la Convención mencionada se establece que «los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de apartheid [...] son crímenes que violan los principios del derecho internacional». Se elimina así el elemento de intención requerido en el proyecto de código y se establece mejor la posición con arreglo al derecho penal internacional.

30. No queda claro si se pretende incluir en este artículo a las autoridades o los organizadores que actúen por propia iniciativa y no en aplicación de la política y las prácticas de un gobierno.

#### Artículo 21

31. Australia toma nota de que la Comisión declara su intención de que sólo los delitos internacionales más graves se consideren crímenes. Tal propósito es congruente con la base filosófica del derecho penal internacional y la actitud expresada por los Estados respecto a esa cuestión.

32. Sin embargo, el artículo 21 (Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos) plantea algunos problemas en su forma actual. En particular, inquieta a Australia la falta de definición de los elementos de los crímenes sancionados en este artículo. Observa que la Comisión opina que, como las definiciones de esos crímenes figuran en otros instrumentos internacionales, no es necesario repetirlas en el código. Sin embargo, no todos los crímenes están así definidos. Por ejemplo, no existe en ningún instrumento internacional una definición aceptada de la persecución.

33. Basarse en otros instrumentos para la definición de los crímenes tipificados en el artículo 21 también podría causar dificultades. Por ejemplo, la definición de tortura que figura en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes limita los crímenes a los actos cometidos por funcionarios públicos u otras personas en el ejercicio de funciones públicas. En contraste, en el encabezamiento del artículo 21, se indica que es responsable de cualquiera de los crímenes enumerados cualquier persona que cometa el delito.

34. Australia observa, a ese respecto, que en los artículos 15, 19, 20, 22 y 23 se incluyen definiciones de los delitos, pese al hecho de que esas definiciones figuran en otros instrumentos internacionales.

35. El alcance del artículo 21 está limitado también porque no se admiten en él (como en los artículos 15 y 16) «cualquiera otros actos (art. 15, párr. 4, *h*) o «cualquier otra medida» (art. 16, párr. 2). Australia concuerda con la observación hecha por la Comisión en su comentario de que la práctica de las desapariciones sistemáticas de personas merecía ser mencionada expresamente en el contex-

<sup>1</sup> El artículo 18 fue aprobado inicialmente como artículo 15. Para el comentario, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 75, en especial párr. 3.

to de este proyecto de código<sup>2</sup>. No es seguro que la persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales abarque la práctica de las desapariciones sistemáticas.

#### *Artículo 22*

36. En el artículo 22 (Crímenes de guerra excepcionalmente graves) se enumeran diversos actos que se considerarán crímenes de guerra excepcionalmente graves. La mayoría de ellos están incluidos en los diversos tratados y convenciones que componen el derecho humanitario internacional.

37. El artículo 22 se aparta, no obstante, del derecho consuetudinario internacional al crear una nueva categoría de «crímenes de guerra excepcionalmente graves». Como, con arreglo al derecho humanitario internacional, los crímenes de guerra son por sí mismos transgresiones excepcionalmente graves de las leyes de la guerra, definidas como infracciones graves de las diversas convenciones y protocolos, no queda claro qué significado se pretende dar a las palabras «excepcionalmente graves». Si se pretende que esas palabras se refieran a la misma categoría conceptual que las infracciones graves de las convenciones y protocolos, hay varias incongruencias entre las violaciones graves de las leyes de la guerra y los crímenes concretos enumerados en el artículo 22.

38. Por ejemplo, en el artículo 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, y el artículo 51 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, ambos de 12 de agosto de 1949, se definen las infracciones graves de modo que incluyen «la destrucción y apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente». Ni el elemento de arbitrariedad ni la falta de necesidad militar se requieren para tipificar el crimen en el artículo 22 del proyecto. De modo similar, las condiciones relativas a la destrucción en gran escala de bienes de carácter civil (párr. 2, apart. e) y al ataque deliberado contra bienes de excepcional valor religioso, histórico o cultural (apart. f) no son congruentes con los delitos tipificados en el artículo.

#### *Artículo 23*

39. Australia observa que la redacción de los párrafos 2 y 3 del artículo 23 (Reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios), en los que se define el término «mercenarios», es la misma que la adoptada por la Asamblea General en el artículo 1 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, en la que se reconoce que la actividad mercenaria es un crimen internacional.

40. Sin embargo, existen entre el artículo 23 y el derecho internacional vigente varias diferencias importantes, de las que la Comisión no da explicación alguna. Por ejemplo, el artículo 23 se limita a tipificar los actos de reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios. No incluye la actuación como mercenario, que está reconocida como delito en el artículo 3 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios.

41. Un segundo problema es la limitación del crimen a los agentes o representantes de un Estado. Cabe considerar si deberían incluirse también los agentes o representantes de entidades no estatales. Si la participación en actividades mercenarias ha de considerarse un crimen internacional, no debe afectar a la responsabilidad criminal que los culpables de esa participación estén vinculados a un Estado o a una entidad no estatal.

42. Otra dificultad que plantea el artículo 23 es la restricción establecida respecto al objetivo de las actividades mercenarias. Con arreglo al artículo, no se comete delito a menos que las actividades estén dirigidas contra otro Estado o con objeto de oponerse al legítimo ejercicio del derecho inalienable de los pueblos a la libre determinación. Es concebible que se puedan reclutar, utilizar, financiar o entrenar mercenarios para actividades dirigidas contra una organización internacional —y no contra un Estado o un movimiento en pro de la libre determinación— y esas actividades no serían punibles con arreglo al artículo 23.

#### *Artículo 24*

43. La redacción del artículo 24 (Terrorismo internacional) plantea dificultades a Australia. En particular, observa que la definición no incluye expresamente un elemento de violencia. ¿Se pretende, por tanto, que el delito abarque actos inmateriales de terrorismo, como la propaganda? Por otra parte, no queda claro si los agentes o representantes tienen que actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales. La ausencia de la intención o el motivo en la definición (véase la Convención para la prevención y represión del terrorismo) también requiere una explicación.

#### *Artículo 25*

44. Australia apoya firmemente las actuaciones internacionales contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En consecuencia, ha participado activamente en la negociación de convenciones multilaterales que promuevan las actuaciones nacionales e internacionales contra el tráfico de drogas.

45. Australia reconoce las preocupaciones en que se basa el artículo 25 (Tráfico ilícito de estupefacientes). Cree, no obstante, que se requiere una labor más detallada sobre varias cuestiones, incluida la relación entre el artículo 25 y las convenciones vigentes, en particular la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

<sup>2</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 113, párrafo 10 del comentario al artículo 21.

46. Los actos enumerados como constitutivos de crímenes con arreglo al artículo 25 son incongruentes con los relacionados en la citada Convención. En el artículo 3 de esa Convención se describe una larga serie de actos que han de tipificarse como delitos en el derecho interno de cada una de las partes. Aunque muchos de ellos parecen haberse omitido debido a que no son suficientemente graves para atraer la sanción penal internacional, otros quizá debieran haberse incluido.

47. La aplicación de cualquier artículo relativo al tráfico de drogas dependerá notablemente de la existencia de disposiciones eficaces en materia de extradición de los presuntos delincuentes, asistencia judicial recíproca entre los Estados en apoyo de su enjuiciamiento y en materia de blanqueo de dinero.

48. También hay que considerar la relación entre las jurisdicciones nacionales encargadas de sancionar los delitos relacionados con el tráfico de drogas y cualquier jurisdicción internacional propuesta para aplicar el código.

49. No queda claro por qué la frase «sustancia sicotrópica» se usa sólo en el párrafo 3, cuando todo el artículo se propone abarcar esas sustancias.

#### Artículo 26

50. La Comisión se refiere en su comentario a la posible contradicción entre el requisito que figura en el artículo 26 de que los daños se causen o se ordene que se causen intencionalmente, y la posibilidad de una condena, con arreglo al apartado *d* del párrafo 2 del artículo 22, por el empleo de medios de guerra que no sólo hayan sido concebidos para causar el daño, sino que «quepa prever» que han de causarlo<sup>3</sup>. Algunos miembros de la Comisión argumentaron que el requisito de *mens rea* que figura en el artículo 26 debía rebajarse para que ese artículo fuera congruente con el artículo 22. De otro modo, esa contradicción podría dar como resultado una violación deliberada de ciertas normas para la protección del medio ambiente, realizada para obtener un beneficio económico que causara daños extensos, duraderos y graves, pero que no causara esos daños de un modo intencional y, por consiguiente, no constituyera un comportamiento criminal. Australia considera que ese argumento está bien fundado y que, si hubiera cabido prever que esa violación causaría el grado requerido de daño, habría que considerarla un crimen internacional.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pág. 116, párrafo 6 del comentario al artículo 26.

#### Austria

[Original: inglés]  
[28 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. En primer lugar, Austria desea expresar a la Comisión de Derecho Internacional su agradecimiento por la

labor de elaboración del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Austria ha observado con satisfacción los progresos logrados por la Comisión sobre ese tema, que ocupa un lugar prioritario en el programa internacional. Austria ha apoyado constantemente los esfuerzos por crear un tribunal penal internacional. También está dispuesta a participar plenamente en todas las actividades que acrecienten y fortalezcan el orden jurídico internacional, garantizando que los que cometan crímenes graves contra la paz y la seguridad de la humanidad respondan plenamente de ellos.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

##### Artículo 1

2. La expresión «de derecho internacional» colocada entre corchetes debería eliminarse del lugar previsto en el proyecto. Debería insertarse, en cambio, después de las palabras «constituyen crímenes». A juicio de Austria, los crímenes enumerados en la parte II deben ser punibles si se cometen intencionalmente, a menos que se determine lo contrario.

##### Artículo 2

3. Respecto a este artículo, que se ocupa de la tipificación de un acto o una omisión como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, su segunda oración no es estrictamente necesaria. El que la tipificación de un acto o una omisión como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no resulte afectada por el hecho de que ese acto o esa omisión sea punible o no en el derecho interno se deduce ya de la primera oración, según la cual la tipificación es independiente del derecho interno.

##### Artículo 3

4. En el párrafo 1 se regula de un modo indiferenciado la responsabilidad penal sin tener en cuenta las circunstancias que excluyan esa responsabilidad (véase art. 14). Esa disposición debería completarse como sigue: «...si no existen circunstancias que excluyan la responsabilidad penal».

5. La redacción del párrafo 3 no aclara suficientemente que, con arreglo al presente proyecto de código, la tentativa de cometer un crimen en circunstancias que objetivamente no permitan la comisión del mismo no entrañará responsabilidad penal. Por consiguiente, podría precisarse más el artículo 3, insertando en él un párrafo 4 con la siguiente redacción:

«4. Toda tentativa de cometer un crimen o participar en él en circunstancias que objetivamente no permitan su comisión no acarreará responsabilidad penal.»

6. Austria comparte la opinión de los miembros de la Comisión que pidieron que se realizara un examen con objeto de aclarar para qué tipos de crímenes (incluidos en el presente proyecto de código) podía considerarse que era punible la tentativa de cometerlos. Por consiguiente,

debería mantenerse por el momento la expresión colocada entre corchetes en el párrafo 3.

#### Artículo 4

7. El motivo de la comisión de un crimen podría tenerse en cuenta como una circunstancia agravante o atenuante (véase art. 14).

#### Artículo 8

8. 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. Desde un punto de vista lingüístico, en el texto inglés podría suprimirse la expresión introductoria «tendrá derecho a que».

9. Austria comparte la opinión de la Comisión de que el nombramiento de un abogado defensor es necesario en todos los casos que abarca el presente proyecto de código (véase el párrafo 5 del comentario de la Comisión al artículo 8<sup>1</sup>).

#### Artículo 9

10. Respecto a esta disposición, se llama la atención hacia el problema del efecto de cosa juzgada que produce una sentencia absolutoria en el Estado en que se cometió el crimen cuando el perpetrador haya actuado en nombre de ese Estado. Parece que ese problema se trata en el apartado *b* del párrafo 4.

11. En el párrafo 2 del texto inglés debe reemplazarse la palabra *punishment* por *penalty*.

12. Las consideraciones expuestas en el apartado *b* del párrafo 3 del comentario de la Comisión al artículo 9<sup>2</sup> deberían recogerse en la redacción del párrafo 4, que podría completarse como sigue: «y ese Estado considere que el fallo no correspondió a una evaluación apropiada del acto o de su gravedad».

#### Artículo 11

13. Después de la palabra «si» en la tercera línea, deben insertarse las siguientes palabras: «conocía o debía haber conocido la ilicitud de las órdenes y si».

#### Artículo 14

14. Este artículo trata de dos principios diferentes: el de tener en cuenta las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal (párr. 1) y el de considerar circunstancias atenuantes (párr. 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.

15. Austria no puede compartir la oposición de algunos miembros de la Comisión 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.

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

#### PARTE I

17. En principio, hay que señalar que parece indispensable que se incorporen disposiciones sobre las penas aplicables. La opinión de algunos miembros de la Comisión de que se establezca un solo nivel de penas aplicables a todos los crímenes definidos en el código no puede compartirse, habida cuenta de las diferencias de gravedad de los crímenes. Por consiguiente, debe mantenerse la expresión entre corchetes, relativa a la magnitud de la pena, que se incluye en los artículos de la parte II.

18. Las palabras «una vez declarado culpable de ese acto», que figuran en los artículos 15 a 26, son innecesarias y deben suprimirse.

#### Artículo 15

19. El efecto obligatorio de las decisiones del Consejo de Seguridad establecido en el párrafo 5 parece dudoso, ya que puede infringir la competencia de un órgano judicial para decidir respecto a la existencia de un elemento material de un crimen determinado (un acto de agresión).

#### Artículo 16

20. La expresión «puedan dar» en la segunda línea del párrafo 2 es innecesaria y debe reemplazarse por «den».

#### Artículo 17

21. Deben mantenerse las expresiones entre corchetes que figuran en el párrafo 2.

#### Artículo 18

22. La expresión «dominación colonial» debe definirse expresamente en un nuevo párrafo 2.

23. Las palabras «en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos» deben reemplazarse por la siguiente expresión: «violando así el derecho de los pueblos a la libre determinación».

#### Artículo 20

24. Por lo que concierne a este artículo, Austria está de acuerdo en general con el fondo de la disposición. Sin em-

<sup>1</sup> El artículo 8 fue aprobado inicialmente como artículo 6. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 16 y 17.

<sup>2</sup> El artículo 9 fue aprobado inicialmente como artículo 7. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 74 y 75.

bargo, existen ciertas dudas en cuanto a si la noción de apartheid debe realmente mantenerse en este instrumento. Podría ser preferible una formulación más general en el título del artículo, por ejemplo «Discriminación racial institucionalizada».

#### *Artículos 21 y 22*

25. La relación entre las disposiciones del artículo 21 y el artículo 22 (conurrencia ideal de crímenes o acumulación) requiere una aclaración. Si el artículo 21 sólo se aplicaría en tiempo de paz, hay que resaltar ese hecho.

26. Debe mantenerse la expresión colocada entre corchetes en el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 22. El hecho de que la enumeración sea sólo descriptiva queda suficientemente destacado por las palabras «en particular».

#### *Artículo 23*

27. En principio, puede preguntarse si este crimen es tan grave como para insertarlo en el presente proyecto de código. En el párrafo 3, las palabras «en cualquier otra situación» requieren una aclaración.

#### *Artículo 24*

28. Esta disposición debería redactarse como sigue, lo que permitiría también definir el término «actividades terroristas»:

«1. El que en calidad de agente o de representante de un Estado cometa u ordene que se cometa cualquiera de los actos siguientes:

»—realizar, organizar, facilitar, financiar, instigar o tolerar actividades terroristas contra otro Estado, será condenado [a...].

»2. Se entiende por actividades terroristas los actos dirigidos contra las personas o los bienes y que por su naturaleza puedan crear un estado de terror en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general.»

#### *Artículo 25*

29. Queda por ver si este crimen debería insertarse en el presente proyecto de código. Es dudoso que el tráfico ilícito de estupefacientes sea un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por otra parte, las consecuencias que acarrearía su inserción en el código (v. g. la imprescriptibilidad) no parecen convenientes desde un punto de vista político.

#### *Artículo 26*

30. Como el motivo por el que se perpetra este crimen es generalmente el afán de lucro, no debe establecerse la intencionalidad como una condición para su punibilidad.

## Belarús

[Original: ruso]  
[28 de diciembre de 1992]

### OBSERVACIONES GENERALES

1. El Ministerio de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Belarús han examinado con atención el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. El documento elaborado por la Comisión de Derecho Internacional merece en conjunto un juicio positivo. Sin embargo, es necesario, en nuestra opinión, precisar y modificar algunas disposiciones.

### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

#### *Artículo 1*

2. Sería conveniente suprimir las palabras «[de derecho internacional]». Esta propuesta procede del deseo de unificar las expresiones con que se designan las graves violaciones del derecho internacional que se conviene en calificar como crímenes. Actualmente, para tratar hechos idénticos considerados desde el punto de vista de una misma realidad objetiva, pero realizados por sujetos diferentes, se utilizan expresiones diferentes: «crímenes internacionales» de los Estados, «crímenes de derecho internacional» de los individuos. La supresión de las palabras colocadas entre corchetes permite, a nuestro juicio, evitar toda confusión terminológica.

3. Esperamos que, en el futuro, la Comisión de Derecho Internacional se esfuere por procurar que las disposiciones del código se apliquen a todos los sujetos, comprendidos los Estados, lo que permitirá resolver en el plano teórico la cuestión de la clasificación de los crímenes. Las objeciones suscitadas sobre ese punto (a saber los diferentes modos de responsabilidad aplicables a los diferentes sujetos desde el punto de vista de las penas y de las reglas procesales) se refieren esencialmente al derecho procesal y no pueden tomarse en consideración durante los trabajos relativos al código, que es una recopilación de normas concretas. Conviene responder a esas objeciones en el momento en que se examine el procedimiento de aplicación de las normas, que difiere según las diferentes categorías de sujetos. La elaboración de ese procedimiento se realizará manifiestamente por etapas: desde el procedimiento que determine la responsabilidad de los individuos, teniendo en cuenta los criterios de participación de los Estados, hasta el procedimiento que defina la responsabilidad jurídica de los Estados en materia de crímenes internacionales.

#### *Artículo 3*

4. Hay que considerar también, a nuestro juicio, la responsabilidad de todo individuo que proporcione ayuda, asistencia o medios o que preste otros servicios tras la comisión de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad con objeto de disimular la materialidad del propio crimen o de proteger a los individuos culpables del

mismo. Parece oportuno considerar también la responsabilidad de todo individuo culpable de pasividad: culpable de no haber denunciado a los órganos judiciales el crimen de la categoría prevista, tanto en fase de sus preparativos como después de su comisión. Conviene precisar en todos los casos que el acto o la pasividad han sido premeditados.

5. Además, en el párrafo 2 del artículo 3 debe mencionarse expresamente el carácter criminal que se atribuye a la orden de cometer crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

6. En el párrafo 3 deberían suprimirse las palabras «[a que se refieren los artículos...]». No sólo es casi imposible en la práctica, sino también 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.

#### *Artículo 6*

7. Teniendo en cuenta el carácter preliminar del artículo 6, convendría sostener la inclusión en ese artículo de los dos tipos posibles de jurisdicción apropiada para garantizar la aplicación del código: la jurisdicción universal y la jurisdicción internacional.

8. Para modificar el estado actual del mecanismo de la jurisdicción universal (cuyo elemento esencial—la extradición—entraña tantas limitaciones, que además no responden al carácter de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que es sumamente difícil hacerla efectiva) y al mismo tiempo procurar que puedan aparecer las ventajas que entrañaría el establecimiento de un órgano de jurisdicción penal internacional, convendría evitar una comparación rígida. Un sistema de jurisdicción universal y un tribunal penal internacional no se excluyen en modo alguno. La mayoría de los proyectos de establecimiento de un tribunal de esa índole no remiten exclusivamente a su jurisdicción un grupo determinado de crímenes de derecho común, sino que dan a los Estados la posibilidad de escoger entre esos dos mecanismos. Tal decisión parece justificada en los casos en que un Estado no haya participado, en una forma u otra, en la comisión de un crimen.

9. En la mayoría abrumadora de los casos, el sistema de jurisdicción universal no constituye una solución alternativa del tribunal penal internacional para los crímenes internacionales en cuya comisión haya participado un Estado. Si no hay una coerción externa, ese sistema estará totalmente desprovisto de eficacia. Y si se establece bajo la coerción, se llegará a una situación en que los tribunales nacionales pronuncien fallos en los que se condenen los actos de otro Estado.

10. Eso significa que esos dos mecanismos, en la medida en que son distintas posibilidades de aplicar el código, requieren una elaboración más precisa. En primer lugar, es necesario concretar las normas de extradición para los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Desgraciadamente, en su formulación actual, el párrafo 2 del artículo 6 no resuelve el problema del orden de priori-

dad de las solicitudes de extradición en el caso de los individuos culpables de ciertos crímenes de esa naturaleza, en particular en el territorio de otros Estados. Además, sería útil continuar el estudio de la cuestión de la constitución de un tribunal penal internacional, que sería competente para juzgar los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; por otra parte, conviene conceder una atención particular al criterio de la participación del Estado. A Belarús le satisface constatar que ese punto de vista es compartido por la mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, como ha demostrado el debate realizado en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General.

11. Parece que el párrafo 1 del artículo 6 quedaría formulado de modo más satisfactorio si se refiriera no al «presunto autor de un crimen...», sino al «individuo del que existan razones para pensar que ha cometido un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad». Esa nueva redacción excluiría toda posibilidad de aplicar el artículo 6 a un individuo a falta de indicios de culpabilidad.

#### *Artículo 11*

12. Se propone que se reemplace en el artículo 11 la frase «si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden» por el siguiente texto: «si, en la situación dada, existía la posibilidad efectiva de no ejecutar dicha orden».

#### *Artículo 14*

13. El texto ruso del artículo 14 debería hablar, a nuestro juicio, 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. Su aplicabilidad a cada tipo de crimen podría dejarse a la apreciación del tribunal.

14. 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 carácter de sumo peligro y gravedad.

15. 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.

16. Hay que congratularse 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. Por otra parte, 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.

## PARTE II

17. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente mencionadas respecto a las penas y la existencia del artículo 3 (Responsabilidad y sanción), no es verdaderamente útil la modificación de las disposiciones iniciales de los artículos de la segunda parte del proyecto de código, que ha sido aportada en 1991 y que se refiere al autor del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Se trata en particular de los artículos 15, 16, 17, 18 y 20, según los cuales el autor del crimen, como la agresión, la amenaza de agresión, la intervención y el apartheid, puede ser «el que actuando a título de autoridad o de organizador». Belarús estima que ese enunciado reduce el número de individuos afectados y limita su responsabilidad. Además, contradice los principios generales relativos a la responsabilidad y la pena, enunciados en el artículo 3 del proyecto de código, que trata de la responsabilidad de todo el que cometa un crimen, sea o no dirigente u organizador.

18. Congratulándose de que se haya introducido en el artículo 15 la noción de responsabilidad por la planificación de la agresión, los órganos competentes de la República de Belarús estiman que la preparación de la agresión debe figurar igualmente en la enumeración de los actos criminales, sobre todo porque la planificación no es de hecho sino uno de los elementos de la preparación.

19. Conviene indicar que puede considerarse que la delimitación de las funciones del Consejo de Seguridad y de las instancias judiciales, tal como se enuncia en el artículo 15, tiene sólo un carácter temporal. Para que las conclusiones del Consejo de Seguridad relativas a la existencia de un acto de agresión obliguen a los tribunales nacionales, es preciso no sólo dar una forma jurídica a esa obligación inscribiéndola en un tratado internacional, sino también efectuar y seguir ciertos procedimientos jurídicos (por ejemplo comenzar imperativamente por crear una comisión de instrucción) que garanticen la objetividad de la decisión del Consejo. Es evidente que esa decisión no prejuzgará en ningún caso la culpabilidad de un individuo determinado en la perpetración de la agresión.

20. Si se crea un tribunal penal internacional en el marco de las Naciones Unidas, la delimitación de sus competencias y de las del Consejo de Seguridad se examinará separadamente.

21. Estimamos que conviene suprimir el término «[armadas]» en el párrafo 2 del artículo 17, a fin de que las medidas de carácter económico puedan ser calificadas también como intervención. Por el contrario, como ese ar-

tículo sólo debe tratar de las formas más graves de intervención, debe mantenerse el término «[gravemente]».

22. Habría que ampliar la lista de autores del crimen de terrorismo internacional que figura en el artículo 24. El código no puede desconocer la amplitud de los actos de terrorismo internacional cometidos por organizaciones o grupos terroristas que no están necesariamente vinculados a un Estado, así como la amenaza que representan para la paz y la seguridad de la humanidad. En todo caso, no puede considerarse que la participación del Estado es un criterio para calificar el terrorismo como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

23. Por último, consideramos que, durante la segunda lectura del proyecto de código, la Comisión de Derecho Internacional podría volver a examinar la posibilidad de incluir la violación de un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

## Bélgica

*[Original: francés]  
[10 de febrero de 1993]*

1. Los artículos del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad pueden aprobarse, en gran medida, tal como han sido redactados por la Comisión de Derecho Internacional. Ese proyecto es el resultado de un análisis particularmente detallado de un conjunto de conceptos jurídicos que se aplican a situaciones diversas, a menudo de difícil delimitación y reunión bajo un denominador común. Es cierto que teóricamente son posibles otras alternativas, en particular en cuanto a la lista de crímenes. Sin embargo, el proyecto es exhaustivo y equilibrado y puede ser objeto de un amplio consenso.

2. Las observaciones que siguen se refieren a las cuestiones siguientes: la constatación de una laguna (en este caso la falta de artículos relativos al tribunal internacional), precisiones respecto a ciertos conceptos relacionados con la definición y la tipificación y algunas observaciones relativas a un crimen determinado, principalmente el genocidio.

### I.—TRIBUNAL INTERNACIONAL

3. La falta de artículos respecto a la competencia de un tribunal penal internacional constituye manifiestamente una laguna. Hubiera sido razonable integrar en este proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad un capítulo relativo a la creación de un tribunal penal internacional y, en particular, a la competencia del tribunal y a las modalidades procesales.

4. Ya se ha señalado en numerosas ocasiones que los crímenes que constituyen una amenaza al orden internacional deben remitirse a una jurisdicción internacional. En efecto, la existencia de una jurisdicción internacional es indispensable: sin ella no hay garantía alguna de que

los autores de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sean castigados.

5. En una materia particularmente grave, relacionada con el comportamiento de los Estados, ya sea cometido el acto criminal por el propio gobierno o por sus agentes, los tribunales nacionales, llamados a juzgar la conducta de gobiernos extranjeros, pueden desfallecer. El principio de la represión universal y los procedimientos de extradición han resultado en gran parte ineficaces a ese respecto.

6. La competencia de un tribunal internacional no debería excluir *a priori* la competencia de los tribunales nacionales. Sin embargo, para asegurar al máximo la eficacia y la coherencia del sistema represivo, sería conveniente atribuir al tribunal internacional no sólo la competencia de juzgar en concurrencia con los tribunales nacionales, sino igualmente la de juzgar en apelación los fallos de esos tribunales.

7. Además, el recurso al tribunal internacional no debería ser facultativo. No podría admitirse una reserva a esa competencia como la prevista en el artículo VI de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en el que se prevé que la corte penal internacional será competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción. A ese respecto, el Sr. Graven se expresa como sigue:

Sin embargo, eso equivale a olvidar el carácter de *orden público\** de la jurisdicción penal. Es admisible que se pueda, en ciertos casos, escoger la jurisdicción competente (sobre todo arbitral) para someterle *controversias\**, pero, en ningún caso, se debe tener la posibilidad de substraerse, cuando se trate de una acción o *procesamiento penal\**, a la jurisdicción represiva establecida<sup>1</sup>.

## II.—DEFINICIÓN Y TIPIFICACIÓN

8. El proyecto de código, que no define la noción de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, establece una lista de crímenes.

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.

10. Muchos criterios permiten precisar la noción de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. En su comentario, la Comisión dice que se trata de crímenes que afectan a los fundamentos mismos de la sociedad humana, en particular por la gravedad del acto que se imputa y por la amplitud de sus efectos. Parece que la definición conceptual podría ser más precisa, particularmente especificando la noción de crimen contra la paz y la seguridad de

la humanidad en relación con la de crimen de derecho común: esa especificidad podría resultar del ataque al orden público internacional, así como de la responsabilidad del Estado, ya sea directa indirecta, por tolerar el acto criminal o no haber tomado las medidas necesarias para evitar situaciones que constituyen amenazas al orden público internacional.

11. En la hipótesis de que se definiera en un artículo del código el concepto de crimen, la referencia a la noción de derecho internacional, como la incluida en el artículo 1, resultaría superflua.

12. Parece indispensable incluir en el proyecto de código una escala de penas para cada crimen.

13. Los crímenes de que se trata son fundamentalmente un ataque al orden público internacional; por tanto, parece anormal que la determinación de las penas se deje a la discreción de los derechos internos, lo que tendría como consecuencia que un mismo acto criminal que amenazara al orden público internacional sería sancionado con penas diferentes.

14. El proyecto de código, que sólo trata de la responsabilidad penal individual, deja en suspenso el problema de la responsabilidad penal internacional del Estado.

15. 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 no haber actuado o por imprevisión. Por ello, parece anormal que el código no trate la cuestión de la responsabilidad del Estado. Por otra parte, conviene señalar que 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.

16. 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.

17. 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.

18. 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.

<sup>1</sup> «Les crimes contre l'humanité», *Recueil des cours... 1950-I*, t. 76, Paris, Sirey, págs. 427 y ss., en especial pág. 520, nota 3.

### III.—CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

#### a) *Agresión y amenaza de agresión*

19. En el párrafo 5 del artículo 15 se establece que las decisiones del Consejo de Seguridad sobre la existencia de un acto de agresión serán obligatorias para los tribunales nacionales. El Consejo de Seguridad es el órgano de las Naciones Unidas competente para determinar la existencia de un acto de agresión o de una amenaza contra la paz (Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas). Parece lógico, por tanto, que el juez esté obligado por esas determinaciones, que se imponen a todos los Estados y, en consecuencia, a todos los órganos del Estado, y en particular a sus órganos jurisdiccionales. Esa limitación de la facultad de apreciación del juez debe interpretarse en sentido estricto: el juez sólo estará obligado en la medida en que el Consejo de Seguridad, tratando el asunto, determine que existe una agresión o que no existe.

#### b) *Intervención*

20. Puede justificarse que se admitan como forma de intervención sólo las actividades armadas. La noción de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad implica necesariamente que se trate de un acto particularmente grave que amenace el fundamento de la sociedad humana. No parece que las intervenciones de carácter económico, aparte de la dificultad de apreciar su alcance, correspondan al concepto de gravedad particular. No obstante, en la hipótesis de que el código debiera admitir otras formas de intervención distintas de las actividades armadas, convendría precisar la naturaleza de esas intervenciones.

#### c) *Genocidio*

21. El proyecto de código retoma, respecto a los grupos que constituyen el objetivo de los actos de destrucción, la lista limitativa del artículo II de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, es decir los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Sin embargo, habría podido concebirse perfectamente una lista de grupos no limitativa. En efecto, en muchas ocasiones se ha hecho referencia a una lista no limitativa; pueden citarse a ese respecto:

a) La requisitoria francesa en el proceso de Nuremberg: «y particularmente ciertos grupos religiosos, nacionales o raciales»;

b) La definición de genocidio en la resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946: «El genocidio es una negación del derecho de existencia a grupo humano enteros»;

c) La enmienda presentada por Francia en los debates de la Sexta Comisión durante la elaboración de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio: «en particular debido a su nacionalidad, su raza, su religión o sus opiniones»<sup>2</sup>.

22. El carácter no limitativo de la enumeración de los grupos se justifica plenamente: en efecto, el genocidio es una noción que debe cubrir situaciones múltiples que no coinciden necesariamente con los ejemplos proporcionados por la historia. Baste citar el caso del genocidio camboyano, en el que el grupo que se pretendía destruir no correspondía a ninguna de las tipificaciones incorporadas a la definición del genocidio en el artículo II de la Convención.

23. En favor de una enumeración limitativa de los grupos que constituyen el objetivo del crimen se ha aducido la necesidad de evitar toda imprecisión de orden jurídico. En la hipótesis de que se admita esa finalidad, hay que asegurarse de que la enumeración sea exhaustiva. Cabe señalar, no obstante, que el derecho, tanto el internacional como el nacional, recurre a conceptos no precisados: así ocurre particularmente en el caso de los conceptos de *jus cogens*, de «orden público» y de «buenas costumbres».

24. Se ha señalado igualmente que los actos de genocidio que quedaran fuera de la noción de crimen de genocidio, tal como está prevista en la Convención de 1948, podrían eventualmente considerarse «violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos». Esta solución tropieza con dos objeciones. La naturaleza del genocidio se diferencia de las violaciones sistemáticas en el sentido de que, en el genocidio, el objetivo es el propio grupo; en cuanto a la lista de actos, no es la misma en esos dos crímenes.

25. En consecuencia, convendría revisar la definición del concepto de genocidio. Dos soluciones son posibles: adoptar una enumeración no limitativa de los grupos o completar la enumeración limitativa con otras nociones, como, por ejemplo, los grupos políticos y los grupos socioeconómicos. Cabe señalar a ese respecto que durante la elaboración de la Convención se hizo referencia en la Sexta Comisión al concepto de grupo político<sup>3</sup>.

26. El artículo 26 trata de los daños intencionales y graves al medio ambiente. Como se precisa en el comentario, se excluyen los daños causados por la violación deliberada de los reglamentos que prohíben o limitan el uso de determinadas sustancias o técnicas, si la finalidad expresa o el propósito específico no es causar un daño al medio ambiente<sup>4</sup>. Por otra parte, se ha señalado en el comentario que el artículo 26 estaba en contradicción con el artículo 22, relativo a los crímenes de guerra, ya que éste sanciona la utilización deliberada de medios que quepa prever que han de causar daños al medio ambiente, aun cuando el propósito al utilizar esos medios no haya sido causar esos daños<sup>5</sup>.

27. Esa diferencia entre los artículos 26 y 22 no parece fundamentada. Sería conveniente que se modificara el artículo 26 en un sentido análogo al concepto admitido en el artículo 22, ya que la noción de atentado contra el medio ambiente, si implica el daño deliberado, es demasiado restrictiva.

<sup>3</sup> Ibid., pág. 47; véase también A/C.6/SR.129.

<sup>4</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 116, párr. 6 del comentario al artículo 26.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Naciones Unidas, *Estudio histórico...*, pág. 170, anexo 15, artículo 1 (texto publicado anteriormente con la signatura A/C.6/211).

## Brasil

[Original: inglés]  
[29 de enero de 1993]

## OBSERVACIONES GENERALES

1. Para comenzar, conviene señalar que la parte general del proyecto debe revisarse. Los artículos 11 a 13 están relacionados efectivamente con algunos aspectos de la responsabilidad individual y deben colocarse inmediatamente después de los artículos 3 y 4. El artículo 5 debe concluir esta primera serie de principios. Además, al comparar los textos español, inglés y francés de los artículos del proyecto de código, observamos que existen diferencias entre ellos. Debemos destacar la importancia de las traducciones española y francesa, en particular debido al hecho de que la legislación brasileña se basa en el sistema de derecho civil. En ese contexto, conviene recordar que el título del artículo 7 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes se denomina, en la versión inglesa, *Non-applicability of statutory limitations*.

2. Sobre la estructura del proyecto, no tenemos objeción alguna. Sin embargo, podemos suponer que, además de la parte general y la parte sobre tipificación, se incluirán partes adicionales correspondientes no sólo a un tribunal internacional, sino también a un sistema de ejecución de las penas, en el que incluso se pueda considerar una institución correccional internacional.

## COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

## Artículo 1

3. Por lo que se refiere al artículo 1, sobre la definición de los crímenes incluidos en el código, sería preferible suprimir la fórmula «de derecho internacional», que figura entre corchetes, ya que cualquier crimen que se define en un tratado internacional se considera un crimen con arreglo al derecho internacional. Como máximo, podríamos aceptar la sugerencia hecha al final del comentario a ese artículo, es decir que, si se mantuviera esa fórmula, figurara en la segunda línea del proyecto de artículo, después de las palabras «constituyen crímenes»<sup>1</sup>.

## Artículos 2 y 3

4. Parece haber una contradicción entre los artículos 2 y 3 del proyecto. Con arreglo al artículo 2, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es «un acto o una omisión». Sin embargo, el artículo 3 se refiere solamente a quien cometa un crimen o realice un acto que constituya una tentativa de cometer un crimen (párrs. 1 y 3) y a que «será responsable de ese acto» (párr. 2). No distingue entre acto y omisión, distinción que está también prevista en el artículo 5: «el enjuiciamiento [...] no exonerará a nin-

gún Estado de responsabilidad [...] por un acto o una omisión que le sea imputable».

5. Evidentemente, esta contradicción, que también indica la existencia de una laguna en el proyecto, no fue pasada por alto por la Comisión. De hecho, en el párrafo 2 del comentario al artículo 10<sup>2</sup>, la Comisión considera que la palabra «actos» debe interpretarse como «actos u omisiones». Esta interpretación de la palabra «acto» según el comentario «sería objeto, en su momento, de una disposición especial en la que se explicaría el sentido de la palabra cada vez que se empleara en el código». Independientemente de la formulación de esa disposición, la norma del artículo 3 debería revisarse para que incorpore, entre otras normas del proyecto, una disposición similar, por ejemplo, al párrafo 2 del artículo 13 del Código Penal Brasileño (similar a otros códigos penales), en el que se establece que la omisión es penalmente pertinente cuando la persona que la comete hubiera debido y podido actuar para evitar el resultado.

6. Cabe señalar además que la disposición del párrafo 2 del artículo 3 se refiere al menos a tres acciones diferentes relacionadas con los delitos y que requieren una especificación: *a)* la asistencia, *b)* la conspiración y *c)* la instigación. De hecho, se dedican a esa cuestión dos párrafos del comentario al artículo<sup>3</sup>, destacando la importancia de que se elabore más el párrafo 2 de ese artículo y de que su contenido sea objeto de un análisis a fondo y amplio.

7. Respecto al párrafo 2 del artículo 3, cabe señalar que el texto español difiere del francés: el primero se refiere a «asistencia o los medios», en tanto que el otro menciona *une aide, une assistance ou des moyens*.

## Artículo 6

8. El párrafo 1 debería mejorarse, ya que no sólo para el proceso, sino también para la extradición, la mera alegación de la comisión de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no sería suficiente: debe presentarse también información que la apoye.

9. Además, el futuro código mencionará la diferencia existente entre la extradición (que sólo se aplica en el caso del procesamiento ante un tribunal nacional) y la entrega del presunto autor de un crimen para su procesamiento ante un tribunal internacional. Suponiendo que se establezca ese tribunal internacional, el párrafo 3 del artículo 6 ya no existirá y los demás párrafos precisarán algunas modificaciones.

## Artículo 8

10. Deben mejorarse igualmente los apartados *c* y *g* del artículo 8. Realmente, el derecho de un individuo acusado de un crimen a comunicarse con el defensor de su elec-

<sup>1</sup> Véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párrafo 5 del comentario al artículo 1.

<sup>2</sup> El artículo 10 fue aprobado inicialmente como artículo 8. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 75.

<sup>3</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 106, párrs. 3 y 4.

ción debería ampliarse al defensor de oficio que se le nombre en el caso del apartado *e*. Sin embargo, el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete no debe limitarse al juicio oral, sino extenderse a todas las fases del proceso.

#### Artículo 9

11. Algunas disposiciones (arts. 6 y 9) están vinculadas a la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional. El artículo 9 es particularmente intrigante. Pretende consagrar el principio de la cosa juzgada en las jurisdicciones nacional e internacional. Sin embargo, la Comisión lo redactó antes de haber decidido el sistema jurisdiccional aplicable (tribunal penal internacional o tribunales nacionales). Por consiguiente, se estableció un complejo sistema de excepciones, que terminó por producir efectos negativos, como sucede con la redacción de otros artículos (art. 6). El primer párrafo del artículo 9 debería establecer expresamente lo que se señala en el párrafo 2 del comentario, a saber «que la palabra “absuelto” se refería a una absolución mediante un fallo en cuanto al fondo y no a un sobreseimiento»<sup>4</sup>.

#### Artículo 14

12. Por lo que respecta al artículo 14, lo que se establece respecto a las circunstancias eximentes y atenuantes conforme a los principios generales del derecho parece insuficiente. 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 Comisión. 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.

#### PARTE II

13. Respecto a las disposiciones de la parte II, en la que se definen los crímenes, escogeríamos una tipificación restrictiva. Crímenes tales como la amenaza de agresión (art. 16) y el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (art. 23) podrían incluirse en un código penal internacional, pero no necesariamente en el código que estamos examinando. También parece injustificable incluir un artículo sobre la intervención (art. 17), un concepto demasiado amplio para tratarlo en la esfera de la responsabilidad individual. Los actos tipificados en el artículo podrían considerarse crímenes, pero sin referencia al concepto general de intervención. Es comprensible que la Comisión pueda sentirse tentada a ampliar el mandato que se le confió, tratando de prepa-

rar un proyecto de código que se extienda más allá del marco de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, eso podría producir resultados negativos, entre ellos la inexactitud y la falta de precisión técnica en algunas de las disposiciones del proyecto de código.

14. Sin embargo, hay que señalar también que, con las excepciones de los crímenes de agresión, genocidio y apartheid (arts. 15, 19 y 20), cuyas definiciones no se apartan de las existentes en otros instrumentos internacionales, la tipificación de los crímenes no es suficiente. En el caso del artículo 21, aunque se titule «Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos», podría interpretarse que el texto implica que casos individuales de asesinato o tortura constituirían crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por consiguiente, parece necesario aclarar el alcance de la expresión limitativa «de una manera sistemática o masiva», a fin de indicar que el código sólo abarcará hechos de importancia internacional cometidos o no con la tolerancia del poder estatal. De modo similar, hay un elemento internacional en el crimen de terrorismo («en calidad de agente o de representante de un Estado [...] contra otro Estado»), lo que significa que el crimen descrito en el artículo 24 sólo puede castigarse con arreglo al código cuando sea cometido u ordenado por un agente o representante de un Estado contra otro Estado. La ausencia de un elemento internacional con respecto al crimen tipificado en el artículo 25 (Tráfico ilícito de estupefacientes) no puede justificarse. De modo similar, el crimen de los daños intencionales y graves al medio ambiente se tipifica también sin referencia alguna al elemento internacional.

#### Bulgaria

[Original: inglés]  
[4 de febrero de 1993]

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

##### Artículo 1

1. En el artículo 1 del proyecto sería preferible una definición conceptual que dé un significado general al término «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad». Nuestra posición se basa en el entendimiento de que una definición conceptual define esencialmente la naturaleza de un tipo determinado de crimen, sus características básicas y sus elementos. Es necesario indicar con precisión el método y el principio que se utilizarán para determinar si cierto delito puede considerarse un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Por eso, según los tipos de crímenes relacionados más adelante en el proyecto, un crimen determinado puede tener formalmente las características de ese tipo de acto criminal, pero, en circunstancias concretas, su gravedad puede no ser suficiente para calificarlo de agresión contra la paz y la seguridad de la humanidad. De ese modo, se establecerán mejores salvaguardias legales para los derechos personales de los perpetradores. Por otra parte, para cumplir el

<sup>4</sup> El artículo 9 fue aprobado inicialmente como artículo 7. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 74 y 75.

principio de derecho penal de que los crímenes y las penas correspondientes deben determinarse sólo por ley, es necesario, como se señala más adelante en el texto, dedicar una parte especial del código a establecer los elementos tipificadores de ese tipo particular de crimen. A ese respecto, debería añadirse al texto del artículo 1 una oración en la que se limitara el alcance del código a los tipos de crímenes relacionados en él. De ese modo, podrían aprovecharse los aspectos positivos de los dos enfoques posibles de la cuestión.

2. Proponemos también que se definan las circunstancias calificadoras de la culpabilidad, como la participación en grupo o los tipos organizados de actos criminales. Un argumento que apoya esta opinión es que, en muchas legislaciones nacionales, la forma organizada o en grupo de cometer un tipo determinado de crimen se considera una circunstancia agravante. No puede aplicarse un denominador común a un acto criminal cometido por un individuo y a un crimen en grupo u organizado, que en la mayoría de los casos tiene consecuencias mucho más graves para la paz y la seguridad de la humanidad. A ese respecto, proponemos que el hecho de que determinado crimen haya sido cometido por un grupo u organización de personas se considere una circunstancia agravante al determinar el tipo y la magnitud de la pena para los crímenes tratados en este código.

3. En el mismo sentido, sugerimos que la definición que figura en el artículo 1 del proyecto de código se cambie 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.»

*Artículo 9*

4. Los párrafos 3 y 4 del artículo 9 constituyen una importante violación del principio básico de derecho penal de la cosa juzgada y, en ese sentido, representan un abuso de los derechos humanos. A fin de proteger los derechos humanos, proponemos que se añada al final del artículo 3 la siguiente expresión: «siempre que la pena que se le imponga no corresponda aparentemente a la gravedad del crimen cometido». La misma frase debería añadirse al final del párrafo 4, antes de los apartados *a* y *b* del mismo.

5. Ese enfoque permite juzgar, en cada caso particular, si la pena impuesta por un Estado corresponde a la gravedad del crimen cometido, así como aplicar las cláusulas

de los párrafos 3 y 4 del artículo 9 sólo en caso de discrepancia evidente.

*Artículos 15 y siguientes*

6. A partir del artículo 15, se enumeran los diferentes tipos de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. A nuestro juicio, esos artículos deberían agruparse en una parte separada. Proponemos que los artículos 1 a 14 se agrupen en un capítulo titulado «Disposiciones generales», en tanto que los restantes artículos podrían incluirse en otro capítulo titulado «Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad».

7. Proponemos que, cuando la persona que cometió el crimen haya sido definida como «autoridad u organizador» (arts. 15, 16, 17, 18 y 20), esa característica se considere una circunstancia agravante, al igual que el hecho de que un individuo haya formado parte de un grupo o haya participado en una forma organizada de cometer cierto tipo de crimen, considerando los argumentos anteriormente mencionados. Esas circunstancias calificadoras deberían considerarse al determinar el tipo y la magnitud de la pena impuesta por un crimen determinado.

8. El texto del párrafo 3 del artículo 17 debería reproducirse íntegramente en el artículo 16, ya que, en ambos casos, los actos cometidos con el propósito de proteger el derecho de una nación a la libre determinación no deben incluirse en el ámbito de aplicación del código.

9. Proponemos que, en el artículo 21, la expresión «persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales» sea complementada por la expresión «incluidos los tratos inhumanos y degradantes basados en esos motivos».

10. Durante el examen del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad propuesto, los representantes de Bulgaria que participan en el debate deberían subrayar que, con arreglo a la Constitución, los acuerdos internacionales que hayan entrado en vigor en nuestro país forman parte de nuestra legislación nacional. Sin embargo, con arreglo a la decisión número 7 del Tribunal Constitucional de la República de Bulgaria respecto al caso constitucional número 6/1992, se presume que «para que los actos que se consideren criminales con arreglo a acuerdos internacionales sean incluidos en la legislación nacional, es necesario especificar los elementos calificadores y las penas respectivas para cada crimen en una ley interna, cuya fuerza se determina con arreglo a los requisitos de la legislación nacional». En otras palabras, para que un individuo que haya cometido crímenes penados en el código sea procesado, es necesario que esos crímenes, definidos en el código, se incluyan en nuestra legislación nacional y que se especifique una pena para cada uno de ellos.

## Costa Rica

[Original: español]  
[6 de enero de 1993]

## OBSERVACIONES GENERALES

1. El análisis que se hace a continuación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no sólo contempla el articulado, sino también los comentarios que el Comité de Redacción ha incorporado al pie de cada uno de esos artículos. Se consideró importante tomar en cuenta estos comentarios ya que de alguna manera complementan lo que los artículos pretenden, además de ser un aviso de las tendencias doctrinales que inspiran el proyecto en su totalidad. Un análisis del articulado, por ello, sería incompleto si no se toma en cuenta el comentario que los mismos redactores han consignado.

2. Se ha tratado, en lo posible, de analizar artículo por artículo el proyecto, haciendo la separación en cada una de las grandes secciones o títulos del proyecto, no sólo para facilitar la lectura del informe, sino también para comprender el sentido de la redacción original, a fin de que tenga una utilidad explicativa de las objeciones que se le hacen y de las posibles soluciones que se proponen para superar los problemas de legalidad y de constitucionalidad que pueden estar involucrados con la propuesta original del proyecto.

3. Se ha tratado de incluir la jurisprudencia constitucional y de casación penal más importante, a fin de que la Comisión tome nota de estos precedentes y los valore con el único objetivo de que se adelante a los problemas de negociación del proyecto con los países, muy especialmente con Costa Rica, país que comienza a vivir un renacimiento de la lectura constitucional de la legislación penal y que, por ello, pondrá un especial interés en la compatibilidad del articulado del proyecto con la Carta Magna que actualmente nos rige.

## I.—LA PARTE GENERAL DEL PROYECTO

*Sobre la definición y tipificación de los crímenes (artículos 1 y 2 del proyecto)*

4. El proyecto, en su artículo 1, parece optar por una definición bastante peculiar de las figuras que atentan contra la paz y la seguridad de la humanidad. Tal tipificación responde a ciertas características que, por unanimidad, se incorporan a la gravedad de los actos que se pretende prohibir mediante las incriminaciones.

5. Esta unanimidad está referida a la «crueldad», «monstruosidad» o «barbarie» que pueden estar involucradas en la realización de un hecho punible de los previstos en este proyecto, hechos que acarrear efectos que producen víctimas entre los pueblos, poblaciones o grupos étnicos del mundo acarreando resultados masivos. Esta gravedad, como se indica en el comentario al propio proyecto,

[...] es la que constituye el elemento esencial del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, crimen que se caracteriza por el grado de horror y de barbarie, y que socava los fundamentos de la sociedad humana<sup>1</sup>.

6. En general, se puede estar de acuerdo en la extraordinaria gravedad de este tipo de conductas y la necesidad de tomar en cuenta los efectos de las mismas en las víctimas potenciales, ya que no se está hablando de otra cosa más que de bienes jurídicos que transcienden la tutela de una relación de disponibilidad residente en un ciudadano, sino en una pluralidad de habitantes de un pueblo, etnia o raza. La lesión de estos bienes jurídicos puede implicar un delito de carácter masivo y sistemático, como lo admite el mismo proyecto; no obstante, este carácter no puede llevar a la conclusión que la Comisión parece aceptar de manera expresa en el sentido de que siempre debe presumirse la «intención culpable», y que no «necesita probarse», sino que se deduce «objetivamente» de los propios hechos y, por ello, no debe atenderse a «si el autor tenía en conciencia intención criminal»<sup>2</sup>. La admisión que se está haciendo es de una responsabilidad objetiva por hechos que atenten contra la paz y la seguridad de la humanidad, aspecto que parecía superado desde hacía muchos años por el derecho penal garantista.

7. La responsabilidad objetiva ya no es aceptada en ningún sistema de derecho penal liberal, por cuanto obliga a establecer una responsabilidad sin ninguna valoración subjetiva sobre la intención del autor en la realización del hecho y a considerar que el autor en cuestión es merecedor de una sanción por el solo hecho de haber aceptado el riesgo de las consecuencias derivadas de su acto, es decir el que su conducta pueda infringir un principio de derecho. El derecho penal interno de la mayoría de los Estados de derecho, en especial de Costa Rica, ha optado por la negativa a admitir la responsabilidad objetiva en materia penal, optando por la responsabilidad subjetiva fundada en el dolo o culpa que el sujeto haya manifestado con su acción. Las conductas punibles en sistemas jurídicos como el costarricense se presumen dolosas a menos que se diga lo contrario, caso en que el legislador suele describir una conducta culposa. Sin embargo, el dolo no se presume en el actuar del sujeto, sino que el mismo debe demostrarse a fin de afirmar un elemento subjetivo esencial del juicio de tipicidad, que es uno de los primeros pasos del análisis judicial de un caso penal.

8. El problema del dolo está presente en el análisis típico y tiene una trascendencia enorme, ya que no sólo se refiere a la misma tipificación (ya que el dolo se entiende como parte de la descripción), sino que también debe demostrarse, es decir ubicar si en el caso concreto no se produjo un supuesto de error de tipo que haga desaparecer el dolo y la culpa o sólo deje insubsistente el dolo para castigar la conducta (si existe una descripción paralela culposa) por culpa (artículo 34 del Código Penal costarricense). La jurisprudencia penal costarricense ha establecido que el problema del dolo no es un problema de culpabilidad, sino de tipicidad, y que por ello el juez debe poner espe-

<sup>1</sup> Véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 13, párrafo 2 del comentario al artículo 1.

<sup>2</sup> *Ibid.*, párr. 3.

cial atención a los problemas que suelen rodear el fenómeno de la intencionalidad (voluntad y conocimiento) de la conducta humana.

9. La Sala Constitucional, el más alto tribunal con competencia para interpretar la Constitución Política, ha establecido que las garantías planteadas por el artículo 39 de la Carta Magna que nos rige desde 1949 prohíben la responsabilidad objetiva en materia penal, por lo que cualquier descripción que pretenda responsabilizar al autor presumiendo su actuación culpable para la realización del resultado por el riesgo creado por su conducta o por la previsibilidad de la producción de ese resultado a título doloso en la comisión del hecho, resulta abiertamente inconstitucional.

10. Se considera, por lo anterior, que podría existir una incompatibilidad no sólo legal sino también constitucional con una descripción de responsabilidad objetiva en este proyecto, por lo que debe adoptarse la responsabilidad subjetiva. Este último elemento resulta mucho más coherente, desde el punto de vista de la intención de la Comisión, ya que cuadra perfectamente con el deseo de aplicar el código a individuos y no a Estados.

11. Igualmente, y en relación con el artículo 2 del proyecto, resulta importante indicar que, aunque para efectos de tipificación no hay que atender a si la conducta está o no prevista en el derecho interno, sí debe ponerse especial interés a las prohibiciones constitucionales aplicadas al trabajo legislativo de construcción de las conductas delictivas. En Costa Rica, dentro de estas prohibiciones, como ya se ha explicado, resalta, especialmente, la prohibición de conductas penales sin bien jurídico y aquellas que pretendan un castigo por responsabilidad objetiva. El Comité de Redacción debe estar atento a estas prohibiciones, ya que el proyecto, si alguna vez llega a convertirse en legislación internacional, podría tener serios problemas de aplicación práctica si consigna principios que exceptúan garantías penales establecidas en las constituciones políticas de los Estados.

12. Este artículo 2 tiene otro problema que preocupa en sobremanera y que obliga a sugerir su replanteamiento. Se trata precisamente de la frase: «El hecho de que un acto o una omisión sea punible o no en el derecho interno no afectará a esa tipificación.» En primer lugar, debe decirse que «esa tipificación» refiere concretamente al articulado de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, de allí que se produzcan dos posibles interpretaciones: por un lado, que si hay una coexistencia de descripciones (una de derecho interno y otra idéntica del código de crímenes contra la paz y la humanidad) se deberá aplicar la de derecho internacional o, en defecto de esta primera interpretación, que podrán coexistir las dos jurisdicciones, ambas con plenos poderes para investigar e imponer la sanción, lo que obligaría a aceptar la posibilidad de un posible *non bis in idem*. En segundo lugar, nos parece que es necesario eliminar la frase porque llevaría a explicar los posibles problemas de jurisdicción que se desprenden del primer problema apuntado, en especial sobre las reglas de prescripción, de garantías procesales y de fondo que inspiraran la aplicación de la normativa internacional.

13. El primer orden de problemas resulta insoluble, ya que la constitución política de la mayoría de los Estados latinoamericanos, especialmente la de Costa Rica, prohíbe la doble punición por un mismo hecho, tal y como ocurriría si se aplicara la sanción correspondiente al derecho interno y después la del derecho internacional. En el segundo orden de problemas, bien vale la pena no entrar en definiciones sobre principios jurisdiccionales que obligarían a la aplicación del proyecto, ya que entre otros fenómenos surgiría la dificultad (cuando el Estado que capture sea suscriptor del código de crímenes internacionales) de que aplicara su derecho penal interno y no el del código internacional, en virtud del principio de captura, aun cuando sea otro principio (el de universalidad o el de territorialidad) el que obligue a aplicar las reglas del proyecto. Comprendemos que la intención de la Comisión era evitar este último problema; sin embargo, creemos que, con la redacción actual, se prestaría a todos estos inconvenientes, que bien pueden evitarse eliminando la frase correspondiente a estos aspectos ya indicados<sup>3</sup>.

## II.—PRINCIPIOS GENERALES (ARTS. 3 A 14)

### Artículo 3

14. Por lo que se ha venido estableciendo sobre la responsabilidad subjetiva, creemos necesario que algún artículo contemple el principio de legalidad en materia de este tipo de figuras y, en especial, una definición sobre uno de sus derivados más importantes, como es el principio de culpabilidad.

15. El párrafo 1 del artículo 3 creemos que es omiso y debería contemplar la responsabilidad por dolo, culpa o preterintención, no sólo a título de principio general, sino también para despejar la duda sobre la posible existencia de una punición por responsabilidad objetiva, que es una «espada de Damocles» que pende sobre el proyecto y que compromete su posible éxito futuro.

16. El párrafo 2 se refiere a la complicidad, a la conspiración para delinquir y a la instigación, en un sólo párrafo, técnica bastante cuestionable y que obliga a recomendar la redacción de una sección aparte sobre autoría y participación que contemple los principios más modernos en esta materia, principios que tienden a eliminar la conspiración para delinquir en la medida que dicha punición sea un castigo por ideaciones o resoluciones manifestadas que no se hayan concretado en un efectivo peligro para un bien jurídico penalmente tutelado. La figura de la conspiración es frecuente en el derecho anglosajón, pero resulta desconocida para el derecho de inspiración continental europeo, por lo que pensamos que van existir problemas para su adopción por los países de América Latina, por las reservas muy bien fundadas en recientes conquistas democráticas, en algunos casos, que, como reacción a gobiernos de facto, pretenden salvaguardar posibles salidas a un castigo por el pen-

<sup>3</sup> Algunos miembros del Comité de Redacción, entre ellos Costa Rica, eran partidarios de la eliminación de esta segunda frase del artículo 2, ya que no era estrictamente necesaria.

sar distinto. América Latina tiene trágicas experiencias de regímenes dictatoriales que suelen utilizar la «conspiración» y la «asociación para delinquir» como formas de castigo del pensar distinto y por allí sancionar la disidencia y las conductas contrarias al régimen, aunque no impliquen más que el ejercicio de alguna libertad individual ya coartada de manera directa por el ejercicio del poder autoritario.

17. En cuanto al tema de la responsabilidad del Estado en la comisión de los hechos punibles descritos en el proyecto, resulta importante destacar que, si se sigue una tesis de responsabilidad subjetiva, se debe castigar a los agentes estatales que hayan ejecutado personalmente, o por autoría mediata o con complicidad con otros autores, los hechos descritos en el proyecto. La responsabilidad del Estado, desde esta perspectiva, se circunscribiría, en caso de delitos cometidos por sus órganos, a una responsabilidad solidaria para el resarcimiento de los daños ocasionados. Creemos que llevan razón los miembros de la Comisión cuando indican que una posible responsabilidad de los Estados como autores de estos hechos llevaría a transformar los principios que informan el castigo de estos hechos por responsabilidad subjetiva y obligaría a los redactores a acercarse más al tipo de dogmática penal que se ha venido construyendo para castigar la criminalidad de sociedades transnacionales, las cuales, al igual que los Estados, responden por sus representantes de acuerdo a una serie de reglas y principios que vale revisar acorde con las distintas constituciones políticas.

18. Sobre las conductas concretas de facilitación de la huida de los autores de los delitos o para hacer desaparecer los objetos o útiles del delito, lo recomendable es incriminar en concreto estos delitos y no dejar este tipo de hechos a una simple interpretación de complicidad; este tipo de técnica respeta el principio de legalidad y facilita las tareas probatorias en el proceso. Evidentemente, estos autores de delitos encaminados a facilitar la evasión de los autores de hechos contra la humanidad no participan del hecho principal, pero sí de la realización de estos «encubrimientos», y es por este tipo de delitos que deben ser sancionados.

19. En cuanto al párrafo 3 sobre la tentativa, y que contempla una definición bastante congruente con la legislación interna de la mayoría de los Estados, no se hacen observaciones, salvo que se considera innecesario describir los artículos que pueden aceptar su comisión tentada, ya que ésta es una definición que debe hacerse en cada caso concreto; no puede reducirse el ámbito interpretativo en esta materia por la gran variedad de actos preparatorios y ejecutivos que están involucrados en las definiciones de delitos que interesan al proyecto.

#### *Artículo 4*

20. Comprendemos que el Comité de Redacción considere que nada pueda justificar un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero, y ya lo hemos dicho anteriormente, no se puede fundar una responsabilidad objetiva que no responda a un criterio de voluntad y

conocimiento en el autor y, por supuesto, la posibilidad de tomar en cuenta móviles que puedan demostrar la existencia de un error de tipo o de prohibición en el estudio o análisis judicial del injusto.

21. Es cierto que el juez no debe tomar en cuenta ciertos móviles fútiles o improcedentes para justificar o tratar de aminorar la responsabilidad por un determinado acto, pero también es cierto que una de las manifestaciones más modernas y avanzadas del respeto a la dignidad del hombre es considerar y enaltecer el derecho de defensa, el cual no sólo se manifiesta de manera formal, sino también de manera material, ejerciendo todos los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios disponibles, además de mantener un estado de inocencia del inculpado que le permita mantenerlo mediante la utilización de una serie de hechos o circunstancias que el órgano requirente debe controvertir con el fin de demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Es cierto que los bienes jurídicos que se desea tutelar mediante esta legislación tienen una gran entidad, pero no por ello se puede pasar por alto que 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, sino abrirlos para que la pena que al final se imponga no sea una medida del grado de inmoralidad de un acto, sino una medida de un injusto cometido culpablemente por un sujeto.

#### *Artículo 5*

22. Siempre y cuando se hable de la responsabilidad internacional del Estado en los términos que ha sido planteada por la doctrina del derecho internacional, estamos de acuerdo en la redacción actual del artículo. Sin embargo, cabe hacer las advertencias que ya habíamos expuesto más arriba sobre la responsabilidad civil del Estado, solidaria, para la reparación de los daños provocados por este tipo de delitos.

#### *Artículo 6*

23. Indudablemente, estas reglas de extradición deben conciliarse con las reglas de Naciones Unidas (Tratado modelo de extradición<sup>4</sup>) sobre la materia. Preocupan en sobremanera las tesis que se están construyendo actualmente sobre la integración de tribunales internacionales con jueces de diferentes procedencias y con jurisprudencia distinta una y otra. Esto preocupa, puesto que dicha integración podría afectar el derecho de defensa ante la incertidumbre de qué reglas de interpretación se utilizarán para definir los aspectos del injusto que luego se reprocharán al sujeto. En este sentido, cabe recomendar que sean los tribunales nacionales los que juzguen los hechos o concedan la extradición conforme a un tratado multilateral de extradición que contemple los sistemas más modernos de tutela de los derechos individuales del inculpado, así como también el ofrecimiento de garantías mínimas para la persecución de los delitos.

<sup>4</sup> Resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo.

24. Cuidado especial debe ponerse a la integración de políticas globales de cooperación entre las policías y el apoyo conjunto de todos los elementos de justicia para el traslado de prisioneros, materia en la que apenas se están dando los primeros pasos.

25. El tema del tribunal penal internacional es un tema de por sí escabroso, no sólo en cuanto a las posibles competencias que se le vayan a conceder, sino también en la necesidad que sienten todos los Estados de que sus nacionales sean respetados con todas las garantías judiciales que su derecho interno ya establece y concede. El caso de Costa Rica es especial en esta materia, ya que, si bien existe amplitud en conceder la extradición de extranjeros, existe prohibición de extraditar nacionales y por ende una incompatibilidad constitucional con la posibilidad de que Costa Rica deje que uno de sus nacionales sea compelido a abandonar el territorio para ser juzgado por una corporación como la que se pretende crear. Sin embargo, los principales problemas no brotan exclusivamente de este tipo de principios sobre la extradición, ya que la discusión que siempre estará en el tapete será la de cuáles serán las garantías concedidas al inculpado, la precisión de las figuras delictivas a ser impuestas y el tipo de penas previstas para los hechos, además de que siempre estarán las previsiones del derecho interno de cada Estado para ejercer el principio de justicia universal, aspecto que afectaría directamente el ejercicio de las competencias de este tribunal internacional.

26. Sin prejuzgar aún sobre el tema, ya que la caracterización de este tribunal internacional aún no se ha delineado, consideramos que podría ser declarado inconstitucional conforme a la actual Constitución Política que nos rige.

#### Artículo 7

27. Es cierto 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; no obstante, últimamente se ha venido sosteniendo que la prescripción se refiere más bien a los poderes reales de un Estado de perseguir al ciudadano y por ende no puede ser una ilimitada posibilidad de persecución: si el Estado falla o es incapaz de juzgar al sujeto en un plazo determinado, esta posibilidad debe fenecer en beneficio del sujeto. Por supuesto que tenemos en cuenta que la atrocidad involucrada en este tipo de delitos justificaría «moralmente» una imprescriptibilidad de la persecución; no obstante, la tendencia jurídica moderna tiende a plazos de prescripción cortos y a un proceso penal munito de garantías pero célere. Así, probablemente, vaya a existir un gran problema de negociación en este aspecto.

28. Quizá lo más conveniente sería fijar un plazo de prescripción que se debe negociar con los países sobre la base del término más largo de prescripción en el derecho interno para los delitos de derecho común, el cual puede llegar hasta 20 años y más, tiempo más que suficiente para una reacción penal oportuna; más plazo obligaría a pensar que no habría una posibilidad de causar efectos de preven-

ción general o especial mediante la pena impuesta y el proceso que se instaure para imponerla.

#### Artículo 8

29. Es conveniente pensar cuáles son los derivados principales del *due process* legal que deben aplicarse a este tipo de asuntos criminales. La Sala Constitucional de Costa Rica, en su sentencia 1739-92, ha definido ampliamente estos principios y aspectos e incorpora todos los que están indicados en este artículo 8. Sería oportuno, eso sí, que se tomara en cuenta que deben delinarse las reglas que han de aplicarse al juzgamiento; podría ser como un documento adicional a este código, que funcione como instrumento interpretativo. En el ámbito latinoamericano, la Convención americana sobre derechos humanos establece una serie de garantías judiciales y penales que informan cualquier tipo de juzgamiento en Costa Rica; aunque no existiese el artículo 8, se aplicarían la Convención y las reglas constitucionales del debido proceso (artículos 39 y 41 de la Constitución Política costarricense).

#### Artículo 9

30. El párrafo 1 prejuzga la existencia de un tribunal penal internacional; sin embargo, debemos entenderlo como referido al tribunal nacional que en virtud del principio de captura o de justicia universal imponga una pena a la conducta realizada por el sujeto: quedan a salvo no sólo la posible competencia del tribunal nacional, sino también la posible lesión al *non bis in idem* que podría estar involucrada como lesión a los derechos procesales del inculpado.

31. El párrafo 2 debe desaparecer, porque limitar la posibilidad de una ejecución más favorable de la pena a un inculpado por este tipo de delitos obligaría a una violación del principio de igualdad; basta con una buena redacción del párrafo 1, permitiendo la completa competencia de los tribunales nacionales para el juzgamiento de las conductas.

32. El párrafo 3 lesiona directamente el principio de *non bis in idem* y debe desaparecer completamente a fin de evitar las lesiones constitucionales que implica.

33. El párrafo 4 admite el principio de captura y de justicia universal, principio que inspira el funcionamiento de las actuales competencias de los países en este tipo de delitos (artículo 7 del Código Penal costarricense).

34. 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.

#### Artículo 10

35. El principio de irretroactividad está bien delineado y funciona en completa concordancia con las definiciones constitucionales de la materia.

*Artículos 11 y 12*

36. Parece que lo que se está planteando es el conjunto de reglas que se han tratado como temas de «inculpabilidad» en la mayoría de códigos latinoamericanos, aunque modernamente se acepta que no se refieren todos a problemas de culpabilidad, sino que hay problemas de tipicidad y justificación que podrían estar involucrados.

37. En el caso del artículo 11, 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. En este sentido, pensamos que no sólo los regímenes militares (que utilizan el sistema de obediencia jerárquica) sino también los otros sistemas de derecho penal común siguen utilizando el sistema de la obediencia jerárquica, por lo que cabe recomendar su utilización amplia por este proyecto. Se puede utilizar como modelo la figura de la obediencia jerárquica que está diseñada en el proyecto de código penal para España (1992).

38. Un argumento más que permite fortalecer la idea de que se deben tomar completas las reglas de la obediencia jerárquica es la existencia del artículo 12 sobre la responsabilidad del superior jerárquico, lo que lleva a pensar la posible existencia de errores de tipo y de prohibición aplicables por vía interpretativa en los casos del artículo 11.

*Artículo 13*

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.

*Artículo 14*

40. 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.

## III.—LA PARTE ESPECIAL DEL PROYECTO

## a) Aspectos de legalidad de las descripciones

## Principio de legalidad y tipicidad

41. El principio de legalidad criminal, cuyo enunciado universal es (según construcción latina de Feuerbach) *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, y representa-

do en los países de América Latina (artículo 1 del Código Penal del Brasil, artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica y artículo 2, párrafo 20, apartado *d* de la Constitución del Perú), ha sido alcanzado, como principio, por los diferentes pueblos en momentos históricos diferentes y ha sido, de la misma manera, altamente combatido por personas y grupos que suponen el ejercicio del poder como un dominio unilateral mantenido, por lo mismo, por la fuerza y no como la guía de una nación hacia una meta común a través de la democracia participativa. Embrión común a todas las luchas en favor de la legalidad criminal es la oposición contra la arbitrariedad en la justicia penal y contravencional. Esta oposición demarca el nacimiento de lo que hoy podemos llamar un derecho penal y contravencional moderno, caracterizado como liberal y democrático en tanto que señala al poder estatal la necesidad de mostrar al ciudadano obligado, con anterioridad, las conductas sancionables; conductas que implican prohibiciones que, por lo demás, deberán estar justificadas bajo el rubro de necesidad: las conductas prohibidas lo son, ya que realizarlas implicará un grave riesgo para los fines de la convivencia organizada. Pero una conducta de esta clase sólo puede ser sancionada si el poder legislativo la ha señalado como sancionable antes de su realización. De esta manera, el asumir el principio de legalidad criminal implica tener muy claramente planteada la división entre el poder que legisla y se encarga de decir la prohibición, y el poder que juzga, éste último con el deber de declarar la culpabilidad y, con esa base, imponer la sanción.

42. Aparece entonces, con la legalidad criminal, un derecho penal y contravencional cuyo pilar fundamental es la idea de que sólo la ley es la llamada a darle vida al delito y a la contravención, así como a las respectivas sanciones, con lo que se logra arremeter en contra de la arbitrariedad judicial.

43. Históricamente esta arbitrariedad se evidencia, sobre todo, en la inexistencia de límites dentro de los cuales el juez pueda ejercer su función, hecho que le anexa al poder juzgador la facultad de legislar, pues obliga al juez a señalar, en última instancia, cuál es la conducta prohibida. De esta manera, cada sujeto-juez se convierte de hecho en poder legislativo. Nótese que de esta afirmación deriva un gran riesgo: la interpretación judicial se amplía y, de una labor propia de detectar el encuadramiento, se pasa a la labor de decidir si las acciones de un sujeto deben ser punibles o no y así, las carencias, los prejuicios, las creencias, los temores o los credos del juez pueden tener más salida y salida más fácil.

44. El principio de legalidad criminal y su derivado natural, la tipicidad de la conducta que se quiere castigar, al cobrar vigencia en un régimen jurídico, crean una clase de juridicidad penal-contravencional particular, basada en el respeto a los derechos humanos de todos los habitantes, de conocer previamente cuáles son las zonas de prohibición que limitan sus actos (en tanto sujetos sociales).

45. Por medio de este sistema, el legislador, como detentador, siempre de paso, de un poder que reside en los pueblos, según surge de muchos textos constitucionales, está obligado a poner en manos del juez modelos de con-

ducta claramente delimitados para que el juzgador, en la labor de detectar la adecuación típica, pueda tener certeza de cuáles son las prohibiciones que el poder legislador ha querido demarcar. Esta actitud legislativa posee trascendental importancia en sistemas de derecho en los que el legislador deba partir de bases reales para describir modelos de conducta, modelos claros, con límites precisos y en los que no existan, hasta donde sea posible, los detalles innecesarios, y prohibiciones racionales siempre referidas a bienes jurídicamente necesitados de protección penal o contravencional.

b) *Legalidad criminal y los problemas de tipicidad representados por el proyecto*

46. Lo dicho en párrafos anteriores hace necesario aclarar que no es posible, dentro de un marco republicano, observar el principio de legalidad criminal aislado de lo que nosotros llamaríamos su derivado natural: la tipicidad de la conducta penal o contravencional conminada. Sin el complemento fundamental de la tipicidad, la idea de legalidad criminal quedaría simplemente como un mero postulado, por lo demás incompleto, ya que la existencia de narraciones penales o contravencionales imprecisas u oscuras da al juez la potestad de convertirse en legislador, al obligarlo, para detectar la tipicidad de la conducta, a interpretar los límites o alcances que tiene la ley. Por otra parte, la existencia de un principio de legalidad criminal señala un derecho penal republicano, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino que, además, permite predecir la existencia de un orden sancionador basado en bienes jurídicos, con lo cual queremos señalar el hecho de que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas están montadas sobre una base racional y razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia de ese grupo social.

47. De esta manera, es necesario cobrar conciencia de que, cuando se menciona el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se está hablando de mucho más que un mero postulado constitucional o legislativo: se está hablando de la adopción de una particular toma de posición del sistema sancionador, que implica que el Estado tiene un poder que legisla, distinto y separado del que juzga; que el poder que legisla no sólo tiene obligación de describir de manera clara, precisa y delimitada las conductas que quiere prohibir sino que, además, debe prohibir sólo aquellas conductas que afecten bienes fundamentales para la convivencia.

c) *Las lesiones a la legalidad y a la tipicidad*

48. Doctrinariamente se han sistematizado dos maneras de violar los postulados que hemos venido comentando, pero es posible encontrar en las prácticas legislativas y judiciales otras formas de dejar de lado la existencia de las garantías de legalidad-tipicidad. Antes de señalarlas, es necesario advertir que en la práctica policial y otras prácticas extrajudiciales es posible encontrar numerosas maneras y ejemplos de violaciones a estos principios.

Las leyes penales en blanco

49. Las leyes penales en blanco, o remisiones legislativas, son una práctica legislativa común en nuestros países, que consiste en remitir parte del texto de la incriminación (descripción de la conducta) a otras leyes, penales o extrapenales, de igual, mayor o menor rango que la penal. Es lógico pensar que en los casos de remisión a reglamentos, decretos, ordenanzas u otras disposiciones de rango inferior a la ley, la violación al principio de legalidad es total y absolutamente obvia, ya que el texto al que se remite variará por disposición ejecutiva y no legislativa, de manera que un texto penal puede verse totalmente reformado por el decreto, reglamento, ordenanza u otra disposición ejecutiva a la que se remite. En los casos de remisión a leyes de igual o mayor rango, el problema aparece menos grave, aunque, desde un punto de vista de técnica-descripción, es igualmente inconveniente, ya que el análisis de la descripción requerirá la búsqueda de la ley o leyes a las cuales se remite.

50. Lo dicho nos señala que existen, por decirlo de alguna manera, gradaciones en las remisiones que van desde la remisión absolutamente violatoria de los postulados de legalidad (en aquellos casos de remisiones a textos reformables fuera de la potestad del poder legislador) hasta aquellos en que el texto que se remite se encuentra dentro del mismo cuerpo legal en donde se ubica el que remite, con lo cual un análisis de ambos resulta de fácil elaboración. Quedan por mencionar aquellos casos en donde el texto remite a otra disposición legislativa, pero con un grado de generalidad tal que torna difícil la búsqueda: «El que de conformidad con la ley ejerciere ilegalmente...».

51. Nótese como, en estos casos, el tipo obliga a una búsqueda por toda la legislación para reconocer e integrar cuál es el texto típico y, por ende, cuál es la conducta prohibida. De esta manera, los textos con remisión o leyes penales en blanco son momentos límites a partir de los que las descripciones contravencionales pueden considerarse lesivas al binomio legalidad/tipicidad (un ejemplo de esto lo es, sin duda, el artículo 15 sobre la agresión).

Los tipos abiertos

52. A nuestro criterio son algo más que una simple manera legislativa de violar la tipicidad de la conducta para convertirse en verdaderas negaciones al principio de legalidad y en claras aberraciones de un derecho represivo democrático y republicano. Se pueden definir, de manera operativa, como aquellas descripciones de conducta, penal y contravencionalmente conminadas, que no representan límites precisos ni claros en relación con el alcance de la prohibición: por ello no permiten al juzgador ni al ciudadano conocer asertiva y unívocamente la prohibición.

53. Estas descripciones se consideran oscuras, imprecisas o sin límites claros cuando en su elaboración—redacción— el legislador utiliza términos ambiguos o polisémicos, mala sintaxis en la construcción del texto o exceso de elementos interpretables, de tal manera que no existen indicadores claros que permitan al ciudadano y al juez saber hasta dónde llega la prohibición. Así el juzga-

dor se ve en la necesidad de interpretar los alcances de la prohibición, con lo cual asume funciones legislativas: si no hay límite, el acto judicial de adecuación típica (encuadramiento) se convierte en un típico acto legislativo, con la agravante adicional de que habrá tantos actos legislativos—creadores de la norma prohibitiva— cuantas personas distintas—distintos criterios— con función judicial deban aplicar el tipo abierto (un ejemplo de ello es el artículo 20 relativo al apartheid).

#### Los elementos normativos

54. Los elementos normativos, que son una de las causas de apertura de los tipos, merecen mención aparte, aunque la cuestión de la legalidad quede clara: si exigen interpretación hay violación del principio de legalidad criminal.

55. Aunque no sea muy evidente la definición que los distintos autores hayan hecho de los elementos normativos, son unánimes los trabajos consultados en la idea de que los elementos normativos son interpretables. Mayer es quien utiliza por primera vez el término, al decir de Jiménez de Asúa; lo empleó para señalar los componentes de la descripción penal que no tienen más que importancia valorativa determinada. No ocurre con los elementos normativos lo que sí ocurre con el sujeto, o con los accesorios de modo, tiempo u otros, que tienen un lugar con una determinada función, dentro del tipo: los normativos son cualquier palabra, con cualquier función (sujeto, núcleo...), con un valor, son términos valorados (o valoración de los términos utilizados). O mejor aún: términos que el legislador deja sin demarcar, sin darle un determinado sentido y, por ello, deberán ser valorados por el juez. Moral, buenas costumbres, documentos públicos y muchos ejemplos más en las tres legislaciones analizadas.

56. Cuando el término dejado sin definir alude al ordenamiento jurídico (elementos normativos jurídicos), el problema, en general, no existe: el propio ordenamiento o la costumbre habrán definido el término; hay una univocidad de sentido: instrumento público, cónyuge, etc.

57. Los llamados elementos normativos culturales, al contrario de los anteriores, aluden a relaciones, a pautas culturales, a aspectos de creencias sociales, de preferencias grupales, etc. Es aquí donde se plantea el problema desde el punto de vista de la legalidad/tipicidad: en una de las legislaciones estudiadas (artículo 291 del Código Penal de Costa Rica) un tipo castiga a quien ejerza prácticas de brujería, hechicería o cualquier otro acto contrario a la civilización y a las buenas costumbres. Parece, con el texto transcrito, que no es necesaria ninguna explicación adicional, y ese problema se presenta en el artículo 24 sobre el terrorismo.

#### d) *El bien jurídico y el proyecto*

58. Al igual que los tipos penales del derecho interno, los tipos del proyecto son descripciones que traducen, en una forma aseverativa, una pauta normativa. Esto significa que siempre tras el tipo (contravencional o penal) subyace un deber ser. Es asunto de puro estilo. Sin embargo, es peligroso que, al contener sólo de manera elíptica, y no

expresa, la mención normativa, se olvide en la descripción contravencional la existencia de ésta. Es peligroso porque podemos terminar convencidos de que la ley es la ley, pura y simplemente, sin pensar que la norma, que todo tipo traduce, es un imperativo racional con un objeto de protección. Es decir, la norma penal tiene una razón, una racionalidad y una razonabilidad que no se agotan en la mera proposición normativa, sino en su substrato: el bien jurídico. Toda ley prohibitiva penal o contravencionalmente conminada tiene un objeto de protección.

59. De esta manera, así como se dice que no hay delito si no se viola o pone en peligro un bien penalmente tutelado, se debe señalar lo mismo para la norma contravencional.

60. Dentro de una concepción republicana de la sanción, las prohibiciones penalmente incriminadas tienen una base racional, que impide al legislador prohibir sin tener conciencia de la necesidad y la racionalidad de las prohibiciones: la existencia de los bienes jurídicos, por lo tanto, es el derivado directo de la forma política de vida que han escogido estas naciones; de ahí que la frase doctrinaria de «no hay delito si no se viola o al menos se pone en real peligro la integridad del bien jurídico penalmente tutelado» tenga absoluta validez en nuestros sistemas constitucionales y sea punto de fundamento imprescindible en estas observaciones.

61. Se parte, entonces, de que todo tipo de descripción contravencional y evidencia presupone la existencia de un bien jurídico; de ahí que además de ser claros, precisos y delimitados, los tipos deben referirse a la protección de bienes jurídicos, razonables de acuerdo con el quehacer social del grupo.

62. El bien jurídico se origina en la necesidad de convivencia. Un tipo que protege alguna zona de vida cuya necesidad no sea la de todo el grupo, es una prohibición social no razonable y, si bien es cierto que, como ley, es obligatoria, no se justifica su existencia en un Estado cuya forma de vida es republicano-democrática. De ahí que bien jurídico penalmente tutelado y necesidades sociales (de todos) fundamentales están en relación complementaria (se implican), ya que sólo debe elevarse a la categoría de bienes protegidos por la norma represiva aquellos actos individuales que verdaderamente trastocan y pongan en peligro la vida del grupo en tanto que conjunto de seres humanos (con su alteridad) que busquen una meta en común.

#### e) *Carácter fragmentario de la prohibición*

63. Comúnmente se lanza la frase: «el derecho penal tiene un carácter fragmentario», o «el derecho penal es un orden discontinuo de ilicitudes». Y es correcto, pero el derecho penal (en sentido estricto, el de los delitos propiamente dichos) no agota el derecho sancionador sujeto a la legalidad: si la igualdad óptica entre delitos y contravenciones es incuestionable (lo cuestionable son las distintas prácticas policiales, procesales y penitenciarias), es necesario afirmar que el derecho penal internacional tiene también un carácter fragmentario.

64. Permítasenos una breve digresión en torno a esto; lo fragmentario, en todo caso, no es ni el derecho penal ni el derecho penal internacional, sino su centro generador común: el derecho represivo sancionatorio sujeto a la legalidad, las normas con sanción (penal o internacional).

65. Cuando se habla del carácter fragmentario de estos derechos se alude a la idea de que sólo las zonas necesitadas de verdadera protección deben estar penalmente conminadas, en contra de la práctica común que utiliza la normativa penal latinoamericana para regular zonas que, por su trascendencia, o por la temática misma, estarían contenidas en otras ramas jurídicas.

#### BREVE SÍNTESIS DE LOS PROBLEMAS DE LEGALIDAD INVOLUCRADOS

66. En general, consideramos que los tipos penales del proyecto deben ser reelaborados a fin de establecerles mayor claridad en la descripción, disminuir la existencia de elementos normativos y de leyes penales en blanco y ubicarlos de acuerdo a la tutela de bienes jurídicos en concreto.

67. Esta revisión resulta tremendamente importante si se desea triunfar en la negociación de los tipos penales. Hemos hecho las anteriores consideraciones a fin de que la Comisión tome en cuenta estos aspectos doctrinales en la redacción final del documento; en Costa Rica ésta es ya doctrina constitucional y obligaría a rechazar el proyecto por los problemas arriba indicados y que el proyecto en general presenta gravemente.

#### Dinamarca

[Véase *Países nórdicos*]

#### Ecuador

[Original: español]  
[7 de mayo de 1992]

1. El título del código puede llevar a creer que se trata de un simple catálogo de crímenes. Cabría mejor llamarlo «Código Penal para Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad» o «Código de Sanciones para Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad», como sugiere el tratadista Jiménez de Asúa.

#### Artículo 1

2. Con el objeto de fortalecer su contenido, convendría añadir un párrafo que dijera:

«Se considerarán actos criminales según el derecho internacional, entre otros, el genocidio, el terrorismo, la agresión y el tráfico ilícito de estupefacientes.»

#### Artículo 17

3. Convendría hablar mejor de «intervención belicista» o «intervención armada», pues hay otros tipos de intervención, por ejemplo de tipo económico.

#### Artículo 19

4. Convendría precisar el apartado *d* del párrafo 2. Su redacción resulta vaga y puede prestarse a equívocos y confusiones entre programas sociales de simple control preventivo de la natalidad con delitos de genocidio.

#### Estados Unidos de América

[Original: inglés]  
[10 de febrero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. El Gobierno de los Estados Unidos de América aprecia la oportunidad de presentar por escrito comentarios y observaciones sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (proyecto de código), como se solicitó en el párrafo 9 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991.

2. Los Estados Unidos apoyan el desarrollo, en el contexto apropiado, de la responsabilidad penal internacional individual y son parte en la mayoría de las convenciones internacionales que contienen el requisito de juzgar o conceder la extradición con respecto a determinados delitos internacionales. Esas convenciones van ya bastante lejos en la tipificación de cierto número de delitos internacionalmente reconocidos que podrían caracterizarse como delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluidos los crímenes de guerra, el genocidio, la tortura, los delitos relacionados con el tráfico de drogas, la esclavitud, el tráfico de mujeres y niños, la piratería, el terrorismo marítimo, el secuestro de aeronaves, el sabotaje aéreo, los crímenes relacionados con materiales nucleares, los crímenes contra funcionarios y diplomáticos y la toma de rehenes.

3. Sin embargo, los Estados Unidos no apoyan el presente proyecto de código porque es defectuoso en muchos aspectos fundamentales. Como muchos de los delitos incluidos en el proyecto de código ya están tratados en convenciones internacionales vigentes, gran parte del proyecto de código es redundante o perturbadora (especialmente cuando se desvía de los pronunciamientos de ley vigentes). Además, muchas de sus sugerencias para la tipificación de nuevos delitos son inaceptables para los Estados Unidos. En conjunto, en el proyecto de código se desconocen conceptos básicos de responsabilidad penal (por ejemplo el estado mental necesario para ser inculinado por un delito). También descuida conceptos de proceso justo básicos para la jurisprudencia de los Estados Unidos y de muchos otros países, tales como que los delitos deben definirse con suficiente precisión para informar a los individuos de qué actos serán considerados punibles. Además, el código, tal como está redactado, no contribu-

ye a resolver ninguna de las dificultades técnicas o lagunas que complican el uso de las convenciones internacionales vigentes como una posible base de jurisdicción *ratione materiae* de un tribunal penal internacional. Aparte de que un proyecto de código no es el único medio de resolver esos problemas, ni necesariamente el mejor, hay que señalar que el presente intento no consigue resolverlos.

4. Los Estados Unidos creen que, respecto a muchos crímenes internacionales, el principal problema no es que no estén definidos, sino más bien que no se encausan adecuadamente. Ese problema es especialmente agudo respecto a los crímenes cometidos en nombre de un gobierno o con su tolerancia. La adopción del código no resolvería ese problema. A juicio de los Estados Unidos, la respuesta más eficaz al problema de la criminalidad internacional es reforzar la cooperación entre los gobiernos en la investigación y el enjuiciamiento de los que cometan actos criminales. Los Estados Unidos creen que el tiempo de la Comisión de Derecho Internacional se utilizaría de un modo más productivo dedicándolo a tales medidas en lugar de continuar su labor respecto al proyecto de código.

#### El problema de la vaguedad

5. Un problema importante del proyecto de código es su vaguedad. Repetidamente, no se definen de un modo adecuado en el código términos fundamentales, y con frecuencia no se especifica con precisión qué acciones dan lugar a una responsabilidad penal. A menudo se adoptan términos políticos que no tienen una definición jurídica aceptada, recubriéndolos de un manto jurídico. Como esos términos políticos son con frecuencia deliberadamente ambiguos, diferentes tribunales nacionales disientirían inevitablemente sobre la interpretación del código. Además, los delitos ambiguamente tipificados no proporcionarían una información adecuada respecto al tipo de actos que podrían constituir la base de la responsabilidad penal. Por consiguiente, el código, en su forma actual, podría menoscabar el principio del proceso justo, básico en la jurisprudencia de los Estados Unidos y otros países.

#### Falta de especificación del estado mental necesario para la imposición de una responsabilidad penal

6. El segundo problema que aparece a lo largo de todo el código es la falta de especificación del conocimiento requerido o la intención necesaria para imponer una responsabilidad penal al acusado. En el sistema de los Estados Unidos, los actos criminales punibles con encarcelamiento deben cometerse ordinariamente a sabiendas o dolosamente. El fallo general del código para tratar la cuestión del conocimiento y la intención del acusado se agrava porque en el artículo sobre los crímenes ambientales —en contraste con los demás artículos— se especifica que ese crimen debe cometerse «intencionalmente». En ningún otro artículo aparece esa disposición, y el significado de tal discrepancia no está claro.

## COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

### Artículo 15

7. La definición de la agresión que figura en el código esta extraída de la aprobada por la Asamblea General en 1974<sup>1</sup>. Sin embargo, la Asamblea General no aprobó esa definición con objeto de imponer una responsabilidad penal, y la historia de la definición muestra que sólo se pretendía que fuera una orientación política y no una definición penal vinculante.

### Artículo 16

8. Se propone en el código la creación de un nuevo delito internacional basado solamente en la amenaza de agresión. Además del defecto existente en la definición de la agresión, en la que se basa este artículo, los Estados Unidos tienen serias reservas respecto a que la simple amenaza de realizar un acto agresivo deba constituir un delito. Si bien es axiomático que ninguna nación tiene derecho a amenazar a otra con un acto de agresión<sup>2</sup>, es igualmente cierto que esas amenazas —si la nación que las profiere no actúa en consecuencia— se resolverán más apropiadamente entre los Estados y no mediante el enjuiciamiento de ciertos individuos ante un tribunal penal. Lejos de reducir los conflictos, ese nuevo delito serviría probablemente para generar tensiones entre las naciones, alentando a la incoación de acciones penales por declaraciones o comportamientos que podrían resolverse mejor mediante un diálogo diplomático constructivo.

### Artículo 17

9. En este artículo se propone el establecimiento de un nuevo crimen internacional denominado «intervención». Ese nuevo crimen no sólo es vago, sino que también pretende aparentemente abarcar actos que no estarían incluidos de otro modo en el crimen, ya excesivamente amplio y vago, de «agresión». Además, aunque se prevé una excepción para los actos realizados con arreglo al «derecho a la libre determinación de los pueblos», no se crea una excepción para los actos de legítima defensa colectiva que están expresamente previstos en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Al igual que el crimen de agresión, este crimen de intervención se basa en una resolución de la Asamblea General que nunca se pretendió que constituyera la base jurídica para imponer una responsabilidad penal a acusados individuales.

10. El artículo sobre la intervención se basa en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>3</sup>, en la que se elucida el principio familiar de que los Estados no deben intervenir en asuntos pertenecientes exclusivamente a la jurisdicción interna de cualquier Es-

<sup>1</sup> Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

<sup>2</sup> Carta de las Naciones Unidas, Art. 2, párr. 4.

<sup>3</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

tado. La criminalización al por mayor del principio de no intervención que se hace en el código no sólo contradice las relaciones prácticas entre las naciones, sino que también constituye una invitación a criminalizar controversias que se resolverían más apropiadamente por la práctica cuidadosa y prudente de la diplomacia o, cuando sea necesario, mediante su remisión al Consejo de Seguridad. Cabe señalar también que todavía existen importantes controversias respecto al alcance preciso de ese principio; algunos Estados, por ejemplo, aún aducen que la preocupación internacional por los derechos humanos constituye una intervención no permisible en sus asuntos internos.

#### Artículo 18

11. El crimen propuesto de dominación colonial adolece de los mismos defectos que las infracciones anteriormente examinadas. Es vago y demasiado amplio, ya que deja sin definir, o incluso describir, la «dominación colonial» o la «dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos». Esta deficiencia es especialmente grave en el actual ambiente internacional, que está viendo surgir naciones más pequeñas del territorio de sociedades más amplias y étnicamente diversas. Cualquier intento de criminalizar conductas tales como la «dominación extranjera» solo serviría probablemente para aumentar las tensiones y los conflictos internacionales.

#### Artículo 19

12. El crimen de genocidio ya está definido en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en la que son parte los Estados Unidos y muchos otros Estados. La ratificación de ese tratado por los Estados Unidos se basó en varios entendimientos. En particular, los Estados Unidos indicaron que entendían que la expresión «intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal», empleado en el artículo II de la Convención, significa la «intención expresa de destruir, en su totalidad o en una parte sustancial, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal» mediante los actos prohibidos en la Convención. En la definición del código, por el contrario, no se establece el estado mental necesario para la imposición de responsabilidad penal.

#### Artículo 20

13. La definición del «crimen de apartheid» en el proyecto de código contiene muchos de los defectos que aparecen en el delito de dominación colonial. Es tan vaga y está redactada de un modo tan amplio que podría entrar en contradicción con las constituciones de los Estados Unidos y de otros países.

#### Artículo 21

14. Este artículo es demasiado vago al imponer una responsabilidad penal. El crimen de «persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales»,

en particular, es tan vago que podría significar casi cualquier cosa. Por ejemplo, una definición de *persecute* es *to annoy with persistent or urgent approaches, to pester* (molestar con propuestas persistentes o apremiantes, importunar)<sup>4</sup>. No debería constituir un crimen internacional contra un partido político «molestar» o «importunar» a otro partido político, pero, tomando al pie de la letra el proyecto de código, esa podría ser la interpretación. Este artículo tampoco considera plenamente el efecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se exponen los derechos humanos concretos reconocidos por la inmensa mayoría de la comunidad internacional. Este artículo parece abarcar también crímenes de derecho común, como el asesinato. Los Estados Unidos no creen que sería útil o incluso razonable hacer de todo asesinato un crimen internacional. Observamos además que la deportación de personas puede, en muchas circunstancias, ser legal; por tanto, la formulación actual es demasiado amplia.

#### Artículo 22

15. Este artículo pretende castigar los «crímenes de guerra excepcionalmente graves», término que se define tautológicamente como «la violación excepcionalmente grave de los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados que consista (sobre todo) en actos de inhumanidad». Este artículo es demasiado vago y no considera ni incorpora expresamente las disposiciones pertinentes de las muchas convenciones internacionales que se ocupan expresamente del derecho aplicable a los conflictos armados<sup>5</sup>. Por ejemplo, la vaga prohibición del «empleo de armas ilícitas» no refleja las complejas realidades de la guerra o los mecanismos jurídicos internacionales establecidos para regular su realización. Además, pensamos que no es acertado incluir sólo los «crímenes de guerra excepcionalmente graves» y desconocer otras violaciones de las leyes de la guerra que también amenazan gravemente la paz y la seguridad de la humanidad.

#### Artículo 23

16. Este artículo es particularmente perturbador. En el texto no se tipifican como crímenes los actos de los propios mercenarios, sino sólo los de «reclutamiento, utiliza-

<sup>4</sup> Webster's Ninth New Collegiate Dictionary

<sup>5</sup> Veanse Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su anexo, Convenio relativo a los derechos y deberes de las Potencias y las personas neutras en caso de guerra terrestre, Convención relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, Convenio concerniente al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra, Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra

ción, financiación y entrenamiento de mercenarios» por agentes o representantes de un Estado. Nos parece discutible ese enfoque injustificadamente limitado. Los propios mercenarios deben (por definición) ser particulares; los que los reclutan, utilizan, financian o entrenan también son a menudo particulares o rebeldes que no son agentes o representantes de un Estado. Además, el empleo en el proyecto de código de la frase «[el] legítimo ejercicio del derecho inalienable de los pueblos a la libre determinación reconocido por el derecho internacional», que no se define, es sumamente probable que dé lugar a controversias que menoscaben y potencialmente politicen todo el concepto de crimen.

#### Artículo 24

17. En el artículo 24 se pretende castigar el terrorismo internacional, aunque no haya una definición generalmente aceptada de «terrorismo» ni en el proyecto de código se dé ninguna definición adecuada del mismo. El proyecto de código intenta definir el terrorismo mediante una tautología. Lo define como:

realizar, organizar, facilitar, financiar, instigar o tolerar actos contra otro Estado que atenten contra las personas o los bienes y que por su naturaleza puedan crear un estado de terror en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general.

Esa definición es evidentemente defectuosa porque no se define «terror».

18. Por otra parte, dada la insatisfactoria historia de anteriores intentos de lograr una definición general y universalmente aceptable del terrorismo, los Estados Unidos son escépticos respecto a la posibilidad de lograr el consenso sobre esa disposición, de cualquier modo que se redacte. Para superar la dificultad de lograr el consenso de una definición general del terrorismo, la comunidad internacional ha concertado, en cambio, una serie de convenciones individuales en las que se identifican determinadas categorías de actos que toda la comunidad internacional condena, independientemente de los motivos de los perpetradores. En esas convenciones, que se enumeran en el cuarto párrafo del preámbulo de la resolución 44/29 de la Asamblea General<sup>6</sup>, se requiere que las partes tipifiquen como un crimen la conducta especificada, juzguen a los transgresores o concedan su extradición y cooperen con otros Estados para el cumplimiento efectivo de esas obligaciones. Centrando la atención en tipos concretos de acciones que son inherentemente inaceptables, en lugar de en cuestiones de motivación o contexto, como hace el

<sup>6</sup> Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, Convención internacional contra la toma de rehenes, Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

proyecto de código, el enfoque existente ha permitido a la comunidad internacional avanzar considerablemente en la tarea de emplear armas legales para combatir el terrorismo.

19. Otro problema fundamental del artículo 24 del código es que limita el crimen de terrorismo a los actos cometidos por «agentes o representantes de un Estado». En realidad, muchos actos terroristas son cometidos por individuos que actúan privadamente. Los Estados Unidos no pueden aceptar una definición de terrorismo que excluya los actos cometidos por personas que no actúen como agentes de un Estado o cuya relación con un Estado no pueda probarse definitivamente ante un tribunal.

#### Artículo 25

20. En el artículo 25 se habla de tráfico ilícito de estupefacientes «en gran escala». Aparte de la falta de precisión del término «gran escala», no queda claro si ese término modifica a «tráfico ilícito de estupefacientes» o a «realizar, organizar, facilitar, financiar o instigar». Por consiguiente, no queda claro si la actuación individual debe necesariamente realizarse en gran escala o si se incluye también a los individuos que desempeñan un papel menor en una operación en gran escala. Ese defecto —cabe señalarlo— es común a otros muchos artículos, en la medida en que las actividades consideradas (intervención, agresión, etc.) incluyen típicamente a muchas personas diferentes, a veces con una pequeña intervención.

21. El término «estupefacientes» se utiliza también de un modo diferente que el que es normal en las convenciones internacionales vigentes. Nunca se define en el código el término «estupefacientes», pero se intenta definir el tráfico de estupefacientes de modo que incluya el tráfico de «estupefacientes» y de «sustancias sicotrópicas». Por otra parte, el código tampoco define el término «sustancia sicotrópica». Ese empleo impreciso de términos jurídicos fundamentales hace al artículo fatalmente defectuoso.

22. En una serie de convenciones de las Naciones Unidas, que culminaron con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (denominada en lo sucesivo Convención de Viena de 1988), los términos «estupefacientes» y «sustancias sicotrópicas» tienen significados específicos y diferentes. Según la Convención de Viena de 1988, por «estupefaciente» se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 (art.1, apart. *q*). Por el contrario, por «sustancia sicotrópica» se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 (art.1, apart. *r*). La falta de definición de esos términos en el código, junto con su intento de definir el «tráfico de estupefacientes» de modo que incluya tanto el tráfico de estupefacientes como el de sustancias sicotrópicas, es una invitación patente a la confusión y la incertidumbre.

23. También se establece en el artículo 25 que el tráfico de «estupefacientes» es «ilícito» si se realiza «en viola-

ción del derecho interno o del derecho internacional». No queda claro si la referencia al derecho interno pretende referirse sólo a la legislación del Estado en que se encuentre el individuo (en cuyo caso tiene poco interés) o si pretende incluir el derecho interno de cualquier Estado que sea parte en el código (en cuyo caso constituiría una exposición asombrosamente amplia).

#### Artículo 26

24. Este artículo, que trata de los daños al medio ambiente, es quizá el más vago de todo el proyecto. Faltan en el artículo definiciones de los términos generales en él empleados. No se definen los «daños extensos, duraderos y graves al medio natural», ni tampoco el término «intencionalmente», creando así considerable confusión respecto al estado volitivo que se requiere para la imposición de responsabilidad penal. El término intencionalmente podría significar simplemente que el acusado realizó voluntariamente, es decir sin coerción, un acto que tuvo el efecto no pretendido de causar daños al medio ambiente. También podría entenderse que el término «intencionalmente» sólo impone responsabilidad penal cuando el acusado haya actuado con malas intenciones, sabiendo y pretendiendo causar daños graves al medio ambiente. Tal como está redactado actualmente el artículo, el significado de «intencionalmente» puede dar lugar a diversas interpretaciones. Esa confusión aumenta porque en ninguna parte del código se especifican los estados mental y volitivo necesarios para la imposición de responsabilidad penal.

25. Además, como ocurre en otros artículos, tampoco se considera plenamente en éste el complejo entramado convencional, vigente y en elaboración, respecto a la protección del medio ambiente<sup>7</sup>.

#### CONCLUSIÓN

26. Los Estados Unidos no pueden dar su apoyo al proyecto de código en su forma actual. Por otra parte, dudan de la eficacia de cualquier labor futura encaminada a volver a redactar el presente código debido a los numerosos defectos fundamentales que vician toda su estructura.

<sup>7</sup> Véanse, v. g., Convenio marco sobre el cambio climático; Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia (complementada por varios protocolos); Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, Convenio internacional para la prevención de la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos, Convención internacional para la reglamentación de la caza de la ballena.

#### Finlandia

[Véase Países nórdicos]

#### Grecia

[Original: francés]  
[3 de febrero de 1993]

1. El Gobierno de Grecia quisiera, ante todo, felicitar a la Comisión de Derecho Internacional por haber aprobado en primera lectura los artículos del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Quisiera igualmente expresar su agradecimiento al Sr. Doudou Thiam, Relator Especial, por su importante contribución a la elaboración del proyecto.

2. El Gobierno de Grecia considera que la conclusión de la primera lectura de dicho proyecto por la Comisión constituye un resultado particularmente positivo.

3. Por lo que respecta a los artículos 15 a 26, la Comisión ha identificado doce crímenes de especial gravedad que constituyen una afrenta a la humanidad. El Gobierno de Grecia apoya la inclusión de todos esos crímenes en el código. No obstante, sería conveniente que se precisaran más algunas de esas disposiciones, en particular las del apartado a del párrafo 2 del artículo 22 (Crímenes de guerra excepcionalmente graves).

3. Por otra parte, convendría penar, además de la amenaza de agresión (art. 16) y de la agresión (art. 15), la ocupación, la anexión y la sucesión de Estados ilícitas, aprobando una nueva disposición que podría redactarse como sigue:

«Constituye un crimen contra la paz el hecho de no respetar, de modo deliberado, las decisiones obligatorias del Consejo de Seguridad encaminadas a poner fin a un acto de agresión y a hacer desaparecer sus consecuencias ilícitas.»

#### Islandia

[Véase Países nórdicos]

#### Noruega

[Véase Países nórdicos]

#### Países Bajos

[Original: inglés]  
[18 de febrero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. En la primera parte del presente comentario se exponen las opiniones del Gobierno de los Países Bajos respecto a la condición jurídica del proyecto de código y al

modo de vincularlo a un mecanismo, aún por elaborar, que permita aplicar el código con arreglo a las disposiciones del derecho penal internacional. La parte I trata también de las principales características de un mecanismo de esa naturaleza.

2. En la segunda parte se exponen las opiniones del Gobierno de los Países Bajos sobre artículos concretos del proyecto de código de la Comisión.

3. El Gobierno de los Países Bajos desea, sin embargo, comentar brevemente en primer lugar los antecedentes y el significado del proyecto. Los preparativos del código y la cuestión de si sería o no conveniente un tribunal penal internacional tienen una larga historia. En 1947 la Asamblea General, mediante su resolución 177 (II), pidió a la Comisión que preparara un proyecto de código en materia de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. No obstante, el proyecto se retrasó, en parte debido al prolongado debate que sobrevino respecto a la definición de la agresión. El Gobierno de los Países Bajos aplaude que la Comisión, pese a tales obstáculos, haya podido completar en 1991 el primer proyecto del código.

4. Aunque la Comisión ha considerado la conveniencia de establecer un tribunal penal internacional y la posibilidad de hacerlo, el proyecto de código de 1991 no contiene disposición alguna al respecto. Sin embargo, el informe de la Comisión incluye una lista de factores pertinentes para la cuestión que habría que tener en cuenta al tratarla.

5. El Gobierno de los Países Bajos hizo saber sus opiniones sobre la conveniencia de establecer un tribunal penal internacional durante el examen del informe de la Comisión que la Sexta Comisión hizo durante el cuadragésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General en 1991. Por consiguiente, las opiniones del Gobierno sobre esa cuestión se exponen bastante brevemente en la segunda parte, en la medida en que está relacionada con el código.

#### I.—PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

##### a) *Condición jurídica*

6. A juicio del Gobierno de los Países Bajos, el propósito de este código es designar ciertos delitos como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y establecer un sistema de ejecución (ya sea nacional o internacional) aplicable sólo a esos delitos. Es necesario para ello que tales delitos se definan tan claramente como sea posible y se establezcan por tratado. En todo caso, es necesario hacerlo en relación con el principio *nullum delictum sine lege*. Esta premisa básica es reforzada por el hecho de que se está considerando la posibilidad de establecer un sistema internacional de ejecución que entrañe la creación de un tribunal penal internacional.

7. Por razones prácticas, sin embargo, los comentarios que siguen se formulan en los términos empleados por la Comisión.

##### b) *Ámbito de aplicación del código*

8. El Gobierno de los Países Bajos observa que hay discrepancias sustanciales en la naturaleza de los delitos considerados en el código. Además, la elección es bastante arbitraria e incluye una gran variedad de delitos. Por una parte, se incluyen delitos que se oponen al sentido que la sociedad tiene del bien y el mal y constituyen violaciones masivas de principios humanitarios básicos. Son delitos que, en cualquier caso, son punibles con arreglo al derecho internacional vigente y de los que puede hacerse responsables a individuos. Incluyen el genocidio, por ejemplo, o crímenes de guerra graves. Por otra parte, ciertos delitos incluidos en el proyecto de código, que se basan en criterios oscuros o, en todo caso, no especificados, son principalmente un reflejo de los tipos de crímenes internacionales que acosan actualmente a varios países, por ejemplo el tráfico de drogas.

9. A juicio del Gobierno de los Países Bajos debería existir una estrecha relación entre los delitos que se consideren para su posible inclusión en el código y el sistema de ejecución previsto. Como en el código se prevé un sistema de ejecución internacional de aplicación universal, deberían aplicarse ciertos criterios a los delitos que han de incluirse en el código. Considerando que los Estados son generalmente renuentes a renunciar a cualquiera de sus facultades, especialmente en las esferas del derecho penal y de la imposición de su cumplimiento, hay que suponer, por el momento al menos, que sólo en casos excepcionales se podrá efectuar alguna forma de ejecución internacional.

10. A juicio del Gobierno de los Países Bajos un sistema universal de ejecución del derecho penal sólo sería posible y conveniente respecto de delitos que satisfagan los siguientes criterios:

a) Crímenes que violen principios humanitarios fundamentales, sancionados por la comunidad mundial, y que constituyan un ultraje a la conciencia de la humanidad;

b) Crímenes que, por su propia naturaleza, excluyan probablemente la eficaz administración de justicia en el plano nacional y respecto de los cuales sólo pueda hacerse debidamente justicia en el plano internacional;

c) Crímenes de los que pueda hacerse personalmente responsable a un individuo, independientemente de que actúe o no en el ejercicio de funciones públicas.

Teniendo en cuenta esos criterios, el Gobierno de los Países Bajos opina que el código debería abarcar solamente los crímenes de agresión, genocidio, violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos y crímenes de guerra graves.

11. Esos crímenes son punibles en todo caso, ya sea basándose en tratados internacionales o con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Pueden citarse, en ese contexto, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977, así como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

12. Sin embargo, el Gobierno de los Países Bajos considera que, una vez que se hayan establecido un código y un tribunal penal internacional, sería posible incluir en el código, si es necesario, otros crímenes (y posiblemente crímenes de una naturaleza diferente). No obstante, eso sólo podría lograrse si se abriera la presente estructura de Estados nacionales soberanos de modo que incluyese un mecanismo internacional para la ejecución del derecho penal.

13. El Gobierno de los Países Bajos quiere dejar constancia de que su opinión de que actualmente deben incluirse en el código relativamente pocos crímenes no implica que los crímenes adicionales especificados por la Comisión no sean punibles. No debe pensarse que la lista propuesta por los Países Bajos significa algo diferente de que los crímenes omitidos de la lista propuesta no satisfacen los criterios anteriormente indicados, que se han formulado expresamente con miras a elaborar un código vinculado a un mecanismo internacional de ejecución. Los crímenes no incluidos en la lista, como la mayoría de los mencionados por la Comisión, deberían considerarse quizá mediante tratados individuales y basándose en el principio *aut iudicare, aut dedere*, o en el principio de la universalidad. En los casos de esa naturaleza, la ejecución se realizaría en el plano nacional.

#### c) Vinculación del código y el sistema de ejecución

14. El Gobierno de los Países Bajos considera importante que el código esté estrechamente vinculado a un sistema para ejecutarlo. A ese respecto, observa que el desarrollo del derecho internacional basado en el código se ocupará principalmente de los modos de ejecutarlo internacionalmente más que de hacer ciertos crímenes punibles; todos los delitos que van a incluirse en el código son, en todo caso, punibles con arreglo a los tratados vigentes o el derecho consuetudinario. Por consiguiente, el principal objetivo es elaborar un mecanismo fiable de ejecución internacional. Teniendo eso presente, sería conveniente, por el momento al menos, limitar el número de crímenes incluidos en el código y minimizar así el menoscabo de la jurisdicción nacional de los Estados. A la luz de las consideraciones precedentes, el Gobierno de los Países Bajos no es partidario de un código que prevea ciertos crímenes pero no cree un mecanismo de ejecución. En ese caso, serviría de poco.

15. Por último, vincular los crímenes relacionados en el código a un sistema de ejecución implica que no puede incluirse ninguna cláusula de exención. Los crímenes que el Gobierno de los Países Bajos propondría para su inclusión son ya punibles con arreglo al derecho internacional, en tanto que las cláusulas de exención respecto al mecanismo de ejecución no serían convenientes, ya que minarían la esencia del código y las razones mismas para su adopción.

## II.—EJECUCION DEL CODIGO

16. En su contribución al debate sobre el informe de la Comisión que se realizó en la Sexta Comisión durante el

cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, en 1992, el Gobierno de los Países Bajos expuso en detalle en su intervención<sup>1</sup> sus opiniones sobre las posibilidades y la conveniencia de crear un tribunal penal internacional. Por consiguiente, sólo se incluye a continuación un resumen de sus opiniones sobre el tipo de mecanismo internacional de ejecución que le gustaría que se estableciera. En vista de la naturaleza de esta contribución y del hecho de que las conversaciones relativas a un tribunal penal internacional se hallan aún en una etapa temprana, los comentarios que siguen no constituyen un análisis exhaustivo de los problemas con que se podría tropezar al crear un tribunal penal de esa naturaleza.

17. Se tratan las siguientes cuestiones:

- a) La competencia de un mecanismo internacional de supervisión (denominado en adelante el tribunal penal);
- b) El procedimiento que habría que seguir en caso de que se creara un tribunal penal de esa naturaleza;
- c) Las penas que habrán de imponerse;
- d) La composición de la fiscalía y del tribunal penal.

#### a) Competencia del tribunal penal internacional

##### i) Competencia *ratione materiae*

18. Como el objeto es lograr un sistema de ejecución coordinado con el código, las facultades *ratione materiae* del tribunal penal internacional estarían limitadas a los crímenes que se especifiquen en el código, como se ha sugerido anteriormente.

##### ii) Otorgamiento de jurisdicción

19. El Gobierno de los Países Bajos es partidario de un sistema de jurisdicción preferente, lo que significa que el tribunal penal internacional tendría competencia tan pronto como se sospechara que una persona había cometido cualquiera de los delitos incluidos en el código. Si no se iniciara el procesamiento ante el tribunal penal internacional, los tribunales nacionales adquirirían o requerirían la competencia para procesar al sospechoso. Sin embargo, si el caso se juzgara de hecho ante el tribunal penal internacional, este tribunal pronunciaría su fallo en primera y única instancia.

20. Una cuestión importante que se plantea aquí es la de si el tribunal podría o no juzgar casos en ausencia del acusado. Aunque el Gobierno de los Países Bajos no ha llegado aún a una conclusión definitiva respecto a la conveniencia de un proceso en rebeldía, nos gustaría llamar la atención hacia las desventajas de ese tipo de procesos, ya que son particularmente difíciles y dilatados y pueden suscitar reacciones adversas en la opinión pública.

21. Los siguientes puntos son pertinentes para resolver la cuestión de cuándo tendrá competencia el tribunal penal internacional para conocer de un caso. En primer lugar,

<sup>1</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 21.ª sesión, párrs 57 a 76

teniendo en cuenta los criterios establecidos en la primera parte del presente comentario, esa cuestión afecta a la persecución de delitos que son, en todo caso, universalmente punibles. En segundo lugar, el tribunal penal sería competente respecto a cualquier persona culpable de cualquiera de los crímenes especificados en el código, aunque esa persona se hallara en un país o fuera nacional de un país que no fuese parte en ese instrumento. Además, es importante que los Estados que se adhieran al código incorporen en su legislación nacional el principio de la universalidad respecto a los crímenes penados en el código.

22. El Gobierno de los Países Bajos se opondría a un procedimiento que asignara al tribunal penal la función de tribunal de apelación. Sin embargo, esto no excluye un procedimiento para resolver controversias relativas a la interpretación o la aplicación del código en los casos que sean llevados ante los tribunales nacionales tras una decisión de no incoar un proceso ante el tribunal penal internacional.

23. Respecto a la persecución del crimen de agresión, surge la cuestión de la relación que existiría entre el tribunal penal y el Consejo de Seguridad. La opinión del Gobierno de los Países Bajos a ese respecto es que, independientemente de que el Consejo de Seguridad haya debatido o no la cuestión política de si un Estado ha cometido un acto de agresión, el tribunal penal debería tener, en principio, una facultad discrecional plena respecto a la cuestión jurídica de si un individuo es culpable o no del mismo delito. Sin embargo, es muy poco frecuente que el Consejo de Seguridad determine que un acto constituye una agresión, pues tal pronunciamiento tiene invariablemente consecuencias de muy largo alcance. Por consiguiente, sería virtualmente imposible en la práctica que el tribunal penal internacional llegara a una conclusión diferente respecto a la misma situación.

24. A la luz de esas consideraciones, el Gobierno de los Países Bajos cree que no es necesario asignar al Consejo de Seguridad una función procesal concreta en la persecución de presuntos actos de agresión.

#### b) Procedimiento

25. A juicio del Gobierno de los Países Bajos debería establecerse un procedimiento que, al menos, se ajustara a los principios expuestos en el artículo 8 del proyecto de código.

26. El establecimiento de un departamento especial de acusación pública sería esencial para que los casos fueran enjuiciados por el tribunal. Ese departamento de acusación pública podría incoar procesos ante el tribunal:

a) Por propia iniciativa, por ejemplo, si hubiera recibido información de un Estado;

b) Basándose en una resolución aprobada por la Asamblea General. Si la Asamblea General aprobara una resolución de esa naturaleza, correspondería al departamento de acusación pública entablar el procesamiento del caso. El Gobierno de los Países Bajos considera que la Asamblea General es el órgano más apropiado, en vista de la amplitud de su representación y sus facultades;

c) Siguiendo las instrucciones al respecto de un tribunal penal internacional. Esas instrucciones podrían darse a petición de un Estado en caso de que el departamento de acusación pública decidiera en contra del procesamiento (principio de la oportunidad) tras recibir la información proporcionada por ese Estado.

#### c) Penas

27. Teniendo en cuenta el principio *nulla poena sine lege*, el código debería incluir disposiciones relativas a las penas que han de imponerse por esos crímenes. Como el código se ocupa sólo de crímenes de un carácter sumamente grave, los Países Bajos consideran que todos deben estar sujetos a la misma pena, ya sea en forma de sentencias de reclusión, medidas de restricción de la libertad o la confiscación de bienes (como los adquiridos mediante la comisión del crimen). El Gobierno de los Países Bajos se opondría a la inclusión de la pena de muerte como una sanción con arreglo al código, ya que haría imposible que muchos otros países respaldaran el código basándose en el derecho nacional o en el internacional.

#### d) Composición del tribunal y del órgano de acusación

##### i) Composición del tribunal penal

28. A juicio del Gobierno de los Países Bajos, el tribunal penal debería ser relativamente reducido, integrado, por ejemplo, por entre cinco y siete magistrados independientes elegidos por el mismo procedimiento que los miembros de la Corte Internacional de Justicia. El tribunal penal debería ser independiente de la Corte, que es un tipo de órgano enteramente diferente del tribunal aquí previsto. Sin embargo, eso no tiene por qué impedir que los magistrados de la Corte Internacional de Justicia sean designados para integrar el tribunal penal internacional, ni excluiría otras formas de concentración organizacional que subrayaran el carácter universal del tribunal penal.

##### ii) El departamento de acusación pública

29. A juicio del Gobierno de los Países Bajos el departamento de acusación pública debería estar integrado por un fiscal general, designado por la Asamblea General, asistido por uno o varios fiscales y un pequeño número de funcionarios. A juicio de la Comisión, el papel del Secretario General, y especialmente la objetividad que se le exige que mantenga en el ejercicio de las funciones que le asigna la Carta de las Naciones Unidas, serían incompatibles con la función de cabeza formal del departamento de acusación pública.

### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

#### Artículo 1

30. El Gobierno de los Países Bajos preferiría que se suprimiera la frase insertada entre corchetes «[de derecho internacional]». Comparte la opinión de los miembros de la Comisión que consideran que esa inserción es innecesaria y podría introducir cierta confusión en la interpretación del artículo.

*Artículo 3*

31. El Gobierno de los Países Bajos propugna que sea punible, en principio, no sólo la comisión de un crimen mencionado en el código, sino también cualquier tentativa de cometerlo. Ese resultado podría lograrse de un modo uniforme, bien sea enmendando el artículo 3, a fin de especificar que la tentativa de cometer uno de los crímenes incluidos en el código es igualmente punible, o volviendo a formular cada una de las disposiciones materiales para incluir las palabras «intente cometer» además de «cometa».

32. En segundo lugar, debe precisarse más lo que abarca el término «quien» en el artículo 3. En particular, debe especificarse en el artículo si se refiere sólo a una persona natural o si podría referirse también a una persona jurídica. La ventaja de esta última interpretación es que abarcaría a grupos de personas que no pueden ser considerados como individuos ni como órganos gubernamentales. El inconveniente es, sin embargo, que esa definición más amplia podría hacer considerablemente más difícil el funcionamiento del sistema de ejecución. En su segunda lectura del código, la Comisión de Derecho Internacional podría considerar más atentamente esa cuestión, ya sea en el texto del artículo o en su comentario.

33. En tercer lugar, el Gobierno de los Países Bajos no tiene una posición clara respecto a la opinión de la Comisión sobre la relación entre el concepto de «plan» y la palabra «conspire» en el párrafo 2 del artículo 3 del código.

34. Por último, sugiere que se suprima la palabra «asistencia», que figura en el párrafo 2 y que considera demasiado vaga y poco definida para justificar su inclusión.

*Artículo 4*

35. El Gobierno de los Países Bajos considera que el artículo 4 es redundante, ya que el artículo 14 abarca las mismas cuestiones. Quizá pudiera hacerse en el comentario al artículo 14<sup>2</sup> una referencia al significado del presente artículo 4 y su comentario.

*Artículo 6*

36. En la primera parte del presente comentario se exponen las opiniones del Gobierno de los Países Bajos respecto a la importancia de vincular el código a un mecanismo de ejecución. El Gobierno conviene con la Comisión en que este artículo tendrá que enmendarse una vez que se haya llegado a una decisión respecto al establecimiento de un tribunal penal internacional. En esa etapa, se podrán suprimir probablemente algunas partes del artículo. El Gobierno de los Países Bajos tiene que hacer otras dos observaciones en ese contexto.

37. En primer lugar, con respecto a la extradición, 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».

38. En segundo lugar, respecto a la forma actual del párrafo 1 del artículo 6 («se encuentre el presunto autor»), el Estado interesado sólo tiene jurisdicción en el momento en que el individuo de que se trate se encuentre en ese Estado. Si un país pide a otro que conceda la extradición de una persona que no se encuentre —o no se encuentre aún— en ese país, el país al que se solicita la extradición no tiene —o no tiene aún— jurisdicción. Sólo tendría esa jurisdicción si en la legislación nacional del país que solicita la extradición estuviera consagrada la jurisdicción universal respecto a los delitos incluidos en el código. Debería cambiarse la redacción del artículo con miras a hacerlo más eficaz en la práctica, o debería exigirse que las partes en el código establecieran la jurisdicción universal respecto de los crímenes incluidos en él.

*Artículo 7*

39. La aceptabilidad de esta disposición depende en gran parte de los crímenes que se incluyan en el código. En la primera parte de estas observaciones se ha indicado que el código sólo debe incluir un número limitado de crímenes. El Gobierno de los Países Bajos considera que sólo esos crímenes tienen suficiente gravedad para justificar la exención de la prescripción. Los Países Bajos no apoyan las disposiciones de este artículo respecto a ningún otro de los delitos incluidos en el presente proyecto de código.

*Artículo 8*

40. El Gobierno de los Países Bajos concede gran importancia a las garantías previstas en este artículo, como ya ha indicado *supra* en su comentario al artículo 6.

*Artículo 9*

41. Este artículo, lo mismo que el artículo 6, tendrá que ser enmendado si se establece un tribunal penal internacional. El Gobierno de los Países Bajos tiene que hacer otras tres observaciones respecto a la formulación del artículo 9.

42. En primer lugar, el párrafo 3 del artículo es incompatible con el principio de la cosa juzgada, ya que el factor decisivo para la aplicación de la norma no es el modo en que se defina cierta acción (en el derecho nacional o en el internacional), sino si una acción es punible y si el perpetrador ha sido juzgado por ella.

43. En segundo lugar, la redacción del párrafo 4 del artículo no es satisfactoria. El propósito del artículo es garantizar que la persona que haya cometido un crimen grave no evite, a través de procedimientos nacionales dudosos, un castigo proporcionado a la gravedad del delito. Al mismo tiempo, sin embargo, tiene que garantizar que el delincuente no sea juzgado dos veces, en procesos jus-

<sup>2</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 108 y 109.

tos y apropiados, por el mismo crimen, o condenado dos veces a una pena proporcionada a la gravedad del delito. El Gobierno de los Países Bajos considera que la formulación actual no proporciona salvaguardias adecuadas, en especial respecto a la última contingencia.

44. En tercer lugar, aparte del párrafo 3 de este artículo, que ya se ha examinado, los problemas relativos a la norma de cosa juzgada sólo pueden impedirse mediante la concesión de competencia exclusiva al tribunal penal internacional previsto (como se explica en la primera parte de estas observaciones). En cualquier otra circunstancia surgirían problemas respecto a esa norma. Por consiguiente, la Comisión tiene que examinar esa cuestión cuando elabore un sistema de ejecución.

#### Artículo 10

45. El Gobierno de los Países Bajos considera que deberían suprimirse de este artículo las palabras «de conformidad con el derecho internacional», en el párrafo 2 *in fine*. Desde la segunda guerra mundial se han codificado en el derecho internacional ciertos delitos. Como resultado de ello, esa expresión prejuzgaría la posibilidad de enjuiciar y sancionar a los perpetradores de crímenes que no estén codificados pero puedan considerarse delitos con arreglo a la costumbre internacional.

#### Artículo 15

46. El Gobierno de los Países Bajos observa que existe una incongruencia en la redacción de los dos primeros párrafos de este artículo. El párrafo 1 se refiere a la comisión de un crimen por un individuo («el que [...] ejecute [...] u ordene [...]»), en tanto que el párrafo 2 se refiere a las acciones de un Estado («la agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado»). Ya sea en el propio artículo o en el comentario correspondiente<sup>3</sup>, debe aclararse la opinión de la Comisión sobre la relación entre la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado.

47. Para evitar cualquier ambigüedad, las palabras «incompatible con la Carta de las Naciones Unidas» deberían colocarse después de las palabras «uso de la fuerza armada» en la primera línea del párrafo 2. Así, el párrafo terminaría con las palabras «de otro Estado». Además, esos términos deberían definirse en el comentario.

48. La primera parte del párrafo 3 es inapropiada en este artículo, ya que se refiere a la aportación de pruebas, no a la definición del delito. En la segunda parte del párrafo se prevé facultar a un órgano político para que determine si un acto concreto constituye un delito. Se violaría así el principio *nullum crimen sine lege*. Por lo tanto, habría que suprimir ese elemento de la definición del crimen de agresión.

<sup>3</sup> El artículo 15 fue aprobado inicialmente como artículo 12. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 77 y 78.

49. El principio *nullum crimen sine lege* desempeña un papel en la formulación del apartado *h* del párrafo 4 del artículo 15. Aquí, facultar al Consejo de Seguridad para que determine retrospectivamente que ciertos actos constituyeron una agresión y, por ello, pueden dar lugar a un proceso violaría ese principio. La única alternativa sería que el Consejo de Seguridad estipulara de antemano y en términos generales qué constituye una agresión.

50. El párrafo 5 podría establecer, por inferencia, que una decisión del Consejo de Seguridad no es obligatoria para un tribunal penal internacional (previsto). Ese párrafo y el comentario correspondiente<sup>4</sup> deberían revisarse si se estableciera un tribunal internacional. Por razones de claridad, la palabra «existencia» debería ir seguida de la expresión «o no».

51. El significado del párrafo 6 no está claro. Es discutible si, en realidad, añade algo a las disposiciones del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. El Gobierno de los Países Bajos recomienda que se suprima ese párrafo.

52. También debería suprimirse el párrafo 7.

#### Artículo 16

53. El Gobierno de los Países Bajos considera que este crimen no debería incorporarse al proyecto de código; en varios casos, lo abarcaría la prohibición de la agresión como tal y, por consiguiente, se aplicarían a él las disposiciones del artículo 15.

#### Artículo 17

54. Este artículo debería omitirse también del código. Una razón para ello es que ciertos tipos de intervención están, en todo caso, cubiertos por la prohibición de la agresión y son, por consiguiente, punibles con arreglo al artículo 15. A juicio del Gobierno de los Países Bajos, los tipos de intervención no abarcados por el artículo 15 no son suficientemente graves para merecer la inclusión en el código. Por otra parte, la definición parece demasiado vaga y ambigua para que sea posible la ejecución de esas disposiciones.

#### Artículo 18

55. Por las mismas razones que las dadas respecto al artículo 17, el Gobierno de los Países Bajos considera que no es conveniente que este artículo se incluya en el código.

#### Artículo 19

56. El Gobierno de los Países Bajos es partidario de que el genocidio se incluya en el código. Ciertamente, es un crimen que, más que cualquier otro, ultraja el sentido que

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 6.

la sociedad tiene del bien y del mal. Es de esperar que el código facilite la ejecución de la prohibición del genocidio, que ya ha sido proscrito en una convención separada.

57. El Gobierno de los Países Bajos observa una discrepancia entre el crimen de agresión, cuya preparación ya constituye un delito, y el genocidio, cuya preparación no lo constituye. Como se sugirió respecto al artículo 3, el problema podría resolverse enmendando cada una de las disposiciones materiales para ajustarlas a una formulación uniforme; o añadiendo al artículo 3 una nueva disposición en la que se especifique que el planeamiento de la comisión de cualquiera de los crímenes incluidos en el código es, por sí mismo, un crimen.

#### Artículo 20

58. El Gobierno de los Países Bajos no es partidario de la inclusión de este crimen en el código. Por una parte, la propia naturaleza del delito puede plantear problemas virtualmente insolubles respecto a la responsabilidad, el enjuiciamiento, etc. Por otra parte, el apartheid constituiría generalmente una violación sistemática o masiva de los derechos humanos.

#### Artículo 21

59. El Gobierno de los Países Bajos opina que este crimen debe incluirse en el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y que merece la atención por sí mismo, independientemente de los procedimientos de vigilancia de tales violaciones establecidos en diversas convenciones de ámbito regional o mundial en materia de derechos humanos. Estos procedimientos tienen como finalidad primordial evaluar —retrospectivamente— el cumplimiento por un Estado de su responsabilidad de respetar los derechos humanos más que —como se prevé en el código— la responsabilidad penal de un individuo que viole esos derechos. Además, muchos de los procedimientos de vigilancia existentes han resultado inadecuados en los casos de violaciones de los derechos humanos que abarcaría el artículo 21 del presente código.

60. Por otra parte, existe una estrecha relación entre este artículo y el crimen de genocidio. Por consiguiente, por razones de coherencia, las violaciones de los derechos humanos deberían incluirse en el código junto con el genocidio.

61. Respecto al texto del artículo 21, el Gobierno de los Países Bajos haría el siguiente comentario: sería conveniente que el término «persecución» se interpretara del mismo modo que el término incorporado a la Convención sobre el estatuto de los refugiados. Esa es, de hecho, una interpretación más estricta que la que figura en el comentario al artículo<sup>5</sup>. A juicio del Gobierno de los Países Bajos la referencia en el comentario a la persecución «por funcionarios del Estado o por grupos que ejercen un poder

de hecho sobre un territorio determinado»<sup>6</sup> da al concepto una interpretación mucho más amplia que la que se le da en el contexto de la Convención sobre el estatuto de los refugiados.

62. El Gobierno de los Países Bajos preferiría también la palabra «y» en vez de «o» en la expresión «de una manera sistemática o masiva». Solo deberían incluirse en el código las violaciones que se realicen de una manera sistemática y masiva, porque sólo en esas circunstancias constituyen actos que se oponen gravemente al sentido del bien y del mal de la sociedad.

63. El Gobierno de los Países Bajos es también partidario de que la expresión «de una manera sistemática o masiva» se incluya en el encabezamiento del artículo a fin de aclarar que se aplica a las cinco violaciones en él enumeradas. Además, eso serviría para establecer que ciertos aspectos del apartheid quedan dentro del ámbito de aplicación de este artículo. Por consiguiente, los apartados *c* y *d* del párrafo 2 del artículo 20, que a juicio del Gobierno de los Países Bajos deberían omitirse del código, podrían estar cubiertos en el comentario al artículo 21.

64. El Gobierno de los Países Bajos preferiría también una afirmación más clara, quizá en un artículo general (como el artículo 3), del hecho de que el código afecta sólo a los individuos que hayan cometido un crimen en el ejercicio de funciones oficiales. Ese requisito debería incluirse en el código propiamente dicho: no es suficiente tratar la cuestión en el comentario.

65. Por último, el comentario debería incluir más referencias a las convenciones universales de derechos humanos. Sin embargo, esas referencias no deberían incorporarse a las definiciones de los crímenes.

#### Artículo 22

66. El texto de este artículo refleja los esfuerzos de la Comisión por lograr un compromiso entre dos enfoques diferentes de esta categoría de delito: por una parte, se ha tratado de formular una definición general de crímenes de guerra y, por la otra, se han enumerado actos que se considera que podrían constituir crímenes de guerra.

67. El Gobierno de los Países Bajos apoya la opinión de los miembros de la Comisión que se oponen a una enumeración de actos considerados como «crímenes de guerra excepcionalmente graves». En primer lugar, una enumeración de ese tipo no aparece en ninguna otra parte del texto y, en segundo lugar, impediría también la inclusión de cualquier nuevo método bélico en las disposiciones del código.

68. Al mismo tiempo, el Gobierno aprecia que es sumamente difícil hallar un término general que sea lo bastante preciso sin limitar el ámbito de aplicación del artículo más de lo necesario. A ese respecto, la expresión «infracciones graves» no sería adecuada, considerando que ciertos actos descritos como «infracciones graves» en los Convenios

<sup>5</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 111 a 113.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 112, párr. 9.

de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I de 1977 no son suficientemente graves para incluirlos en el código, en tanto que otros que no se describen como «infracciones graves» merecen ser incluidos. Por otra parte, el Gobierno de los Países Bajos considera que la frase «actos de crueldad o barbarie» se define de un modo demasiado vago y da demasiado margen de interpretación subjetiva para resultar adecuada.

69. El Gobierno de los Países Bajos sugiere por consiguiente que el párrafo 2 del artículo 22 se refiera a «crímenes de guerra graves» —omitiendo el calificativo «excepcionalmente»—, que se definen como sigue:

a) Infracciones graves definidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I a esos Convenios;

b) Otras violaciones graves de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

Estrictamente hablando, la categoría *a* no es absolutamente necesaria dado que la categoría *b* abarca la misma disposición. Sin embargo, se afirmaría expresamente en beneficio de la claridad. El calificativo «graves» implica que el código no abarca todos los crímenes de guerra. La cuestión de si una violación puede considerarse «grave» surgirá primordialmente cuando se considere la posibilidad del enjuiciamiento de un crimen.

70. El Gobierno de los Países Bajos coincide con la Comisión en que este artículo debería ser aplicable también a los conflictos armados nacionales, dado que en esas circunstancias pueden cometerse igualmente crímenes de guerra graves. Por consiguiente, podría invocarse el artículo en respuesta a violaciones de los derechos humanos por insurgentes. Además, se evitaría así la necesidad de decidir si un conflicto determinado es nacional o internacional. El Gobierno de los Países Bajos considera que, en el comentario al artículo<sup>7</sup>, debería especificarse que su aplicación amplía el alcance del derecho vigente, ya que los crímenes de guerra no se mencionan en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra. Además debería examinarse en el comentario la relación entre esta disposición y el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo adicional II, en el que se insta a las partes en el conflicto a que cooperen para lograr una amnistía tan amplia como sea posible una vez que hayan cesado las hostilidades.

#### Artículos 23 a 26

71. El Gobierno de los Países Bajos se opone a la inclusión en el código de los artículos 23 a 26, ya que ninguno de ellos satisface los criterios establecidos en la primera parte de estas observaciones.

72. Además, el concepto de «terrorismo internacional», que es el tema del artículo 24, podría crear problemas casi insuperables de definición e interpretación.

73. El tráfico de drogas, que constituye el tema del artículo 25, pertenece a una categoría enteramente diferente

que crímenes tales como el genocidio, la agresión o las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos. El Gobierno de los Países Bajos quisiera recalcar de nuevo su opinión de que el mecanismo previsto para ejecutar internacionalmente el código no sería el medio más adecuado de sancionar este delito. En tales casos, serían más apropiados los instrumentos nacionales de ejecución, basados posiblemente en el principio de la universalidad o, como alternativa, en el principio *aut iudicare, aut dedere*, cuya aplicación se establecería mediante un tratado.

### Países nórdicos

[Original: inglés]  
[22 de diciembre de 1992]

#### OBSERVACIONES GENERALES

##### A.—Consideraciones de principio

1. Los países nórdicos están básicamente a favor de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, el presente proyecto debe complementarse ampliamente, tanto respecto a importantes cuestiones de principio, como cuándo ha de eximirse de responsabilidad a un perpetrador, como respecto a la redacción concreta de diversas disposiciones penales. Además, la redacción del proyecto se desvía de la que parece usarse generalmente en los textos legislativos y, por consiguiente, el código no podría ser usado en su forma actual por los tribunales de muchos países.

##### B.—Relación con un tribunal penal internacional

2. Una de las dificultades básicas del presente código es que no está clara su condición jurídica. Por una parte, podría ser una convención tradicional, con arreglo a la cual cada país se compromete a incorporar como crímenes en su legislación interna los actos punibles mencionados en la convención y a estipular la pena apropiada o iniciar un proceso de extradición. Un argumento contra esa solución es, sin embargo, que la mayoría de los crímenes incluidos en el proyecto de código ya están sancionados por las convenciones vigentes o por el actual derecho internacional y nacional.

3. Por otra parte, podría pensarse en establecer un código penal internacional que sea independiente del derecho penal nacional. Dado ese punto de partida, es difícil evaluar el proyecto actual, ya que sólo se ocupa brevemente de los requisitos procesales para juzgar un caso ante un tribunal penal.

4. Tal como interpretan el proyecto los países nórdicos, la intención es simplemente tipificar varios actos con arreglo al derecho internacional, pero queda por decidir si esos crímenes serán juzgados por un tribunal penal internacional o por un tribunal del país interesado, o por ambos. Interpretamos también que el proyecto significa que los países que se adhieran al código no adquirirán, por ello, la obligación jurídica de garantizar que su legislación penal interna abarque todos los actos definidos como crímenes en el proyecto de código. No obstante, muchos sis-

<sup>7</sup> Ibid., págs. 113 a 115.

temas judiciales, como el de los países nórdicos, requerirán que haya disposiciones penales correspondientes en su legislación interna para incoar actuaciones con arreglo al código. Por consiguiente, habrá que considerar si se exigirá a los Estados partes en el instrumento final que adopten las medidas necesarias, incluso de tipo legislativo, para garantizar la aplicación del código.

5. Existe una necesidad definida de un tribunal que pueda juzgar ciertos crímenes particularmente graves para los que, debido a su carácter internacional, la jurisdicción nacional es generalmente limitada, como ocurre con la agresión, la intervención y el genocidio. Por otra parte, los países nórdicos hallan menos razones para establecer un tribunal penal internacional para que juzgue crímenes que indudablemente son de carácter internacional, pero que se han sancionado hasta ahora con arreglo al derecho penal interno de los países respectivos. A nuestro juicio, sería preferible usar el proyecto de la Comisión como base para elaborar un código que se ocupe de violaciones de la paz y la seguridad de la humanidad tan graves que puedan servir como fundamento de un futuro tribunal penal internacional y ser incluidas en su jurisdicción.

#### *C.—Observaciones generales sobre el proyecto de código*

6. En cierta medida, varios de los artículos se basan directamente en convenciones internacionales vigentes relativas a los crímenes respectivos; en tales casos, debería aclararse la relación entre el proyecto de código y esas convenciones.

7. Otro problema, particularmente a la luz del alto grado de precisión que requiere el derecho penal, es que varios de los artículos fundamentales son tan vagos y ambiguos que crearían más confusión que claridad. Además, muchos de los artículos utilizan conceptos generales con implicaciones políticas, lo que los expone a una variedad de interpretaciones. Esta observación se aplica, por ejemplo, a la redacción del artículo 16: «cualquier otra medida que pueda dar al gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado». Puede resultar difícil determinar con precisión lo que implica ese concepto.

8. Resulta evidente de cuanto antecede que los crímenes que vayan a incluirse en ese código deben satisfacer dos criterios. En primer lugar, deben ser actos que constituyan en realidad un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, es decir que satisfagan el criterio de tipificación. En segundo lugar, su naturaleza debe ser tal que puedan ser regulados por este tipo de instrumento, es decir deben satisfacer el criterio de adecuación. Como se señala más adelante, en las observaciones sobre artículos concretos, el proyecto de código incluye varios artículos que, a juicio de los países nórdicos, no satisfacen esos criterios. Un código basado en esos criterios sería mucho menos amplio que el presente proyecto. Los crímenes que deberían mantenerse son primordialmente los tipificados en los artículos 15 a 22.

9. Otro problema del presente proyecto es que no especifica el grado de responsabilidad que debe subsistir. Tal como interpretan el proyecto los países nórdicos, es suficiente en general que se haya cometido efectivamente un delito. Sin embargo, en algunos artículos, se especifica que la disposición sólo es aplicable a los actos que se cometan «intencionalmente». En otros casos, se especifica que deben concurrir motivos especiales, v. g. el artículo 20, «con el fin de instituir...». A nuestro juicio, debería disponerse, en un artículo separado de la parte I, que el código sólo se aplica básicamente a los actos cometidos intencionalmente. Las excepciones a esa regla podrían especificarse en los artículos respecto a los cuales la intención sea reforzar o debilitar los requisitos de la responsabilidad subjetiva.

10. Por otra parte, en el proyecto no se tiene en cuenta el hecho de que hay una diferencia importante entre los casos en que el acto haya sido ejecutado por individuos por propia iniciativa y aquellos en que la ejecución sea consecuencia de una decisión de los más altos órganos gubernamentales de los países respectivos. Los casos en los que las decisiones sean adoptadas, por ejemplo, por una asamblea nacional integrada por varios centenares de miembros plantean problemas evidentes. En ese contexto, en el apartado c del párrafo 2 del artículo 20 se hace referencia a cuando «cualesquiera medidas legislativas...» puedan constituir una política de apartheid. ¿Se pretende en esa disposición que todos los miembros de la asamblea nacional que apoyaron la promulgación de esa norma sean sancionables con una pena? En todo caso, no se trataría de una actuación particularmente práctica. En tales ocasiones, la responsabilidad penal recaería casi automáticamente en el Estado, ya que son los más altos órganos gubernamentales los que actúan, y tienen jurisdicción con arreglo al derecho internacional, para proponer o promulgar legislación en nombre del Estado. A juicio de los países nórdicos, no se indica con suficiente claridad en quién recae la responsabilidad, si en los individuos o en el propio Estado. La responsabilidad penal de un Estado plantea problemas de ejecución que difieren fundamentalmente de los que plantean los artículos dirigidos contra individuos. La opinión de los países nórdicos es que el código debería aplicarse sólo a actos criminales cometidos por individuos.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

11. Los siguientes comentarios reflejan el modo de pensar preliminar de los países nórdicos sobre artículos concretos del proyecto visto como un conjunto.

##### *Artículo 1*

12. Este artículo parece dar una definición jurídica del término «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» y puede interpretarse, tal como está redactado actualmente, como antitético. Por ello, la disposición debe suprimirse, ya que no se requiere tal definición. Además, podría resultar confusa debido a que difícilmente podría decirse que algunos de los crímenes incluidos en el proyecto de código son de esa naturaleza.

*Artículo 2*

13. Los principios establecidos en el artículo son aceptables respecto a crímenes que normalmente no son sancionados con arreglo a la jurisdicción nacional, ya que serían contrarios al derecho internacional. Sin embargo, el proyecto de código incluye crímenes que son generalmente objeto de legislaciones nacionales en conflicto. A nuestro juicio, cuando se dé ese caso, la disposición debe hacerse menos categórica.

*Artículo 3*

14. El artículo constituye una buena ilustración de las dificultades asociadas a la técnica empleada en el proyecto de código. Si el propósito es establecer un código penal internacional, la cuestión de determinar la responsabilidad individual, la participación criminal, la complicidad, los diversos tipos de tentativa, etc., debe resolverse satisfactoriamente desde el punto de vista de la interpretación.

*Artículo 4*

15. No es difícil imaginar motivos —por ejemplo en diversos tipos de situaciones de emergencia— que afectarían a la cuestión de la responsabilidad penal. No obstante, según la redacción del artículo, no se concedería ninguna importancia a tales consideraciones. Debido a ello, el artículo causa considerables problemas y, por tanto, no es aceptable en su forma actual.

*Artículo 5*

16. Esta disposición debe conservarse en el proyecto de código a fin de mantener la responsabilidad penal de los individuos y, al mismo tiempo, no liberar a los Estados de responsabilidad por las reparaciones de guerra, etc.

*Artículo 6*

17. Los países nórdicos suponen que el término «juzgarlo» abarca también la decisión de no procesar a un perpetrador. Esta interpretación concuerda con la interpretación correspondiente de formulaciones similares empleadas en otros contextos internacionales. Si se estableciera un tribunal penal internacional habría que desarrollar más la sustancia del principio «juzgar o conceder la extradición».

*Artículo 7*

18. La imprescriptibilidad puede ser aceptable respecto a los crímenes más grave, pero 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.

*Artículo 8*

19. El artículo demuestra claramente que los requisitos procesales para un juicio de conformidad con el proyecto de código deben determinarse en relación con la formula-

ción de las disposiciones penales. Las reglas mínimas establecidas para las actuaciones judiciales, que son extraídas de los requisitos de los derechos civiles, son razonables en sí, pero son claramente insuficientes como normas procesales para un tribunal.

*Artículo 9*

20. Varias de las soluciones sustantivas que derivan de esta disposición pueden discutirse. Por ejemplo, según el párrafo 4, cualquier individuo podrá ser juzgado por los tribunales nacionales de un Estado aunque haya sido juzgado por un tribunal de otro Estado por el mismo delito, si el primer Estado ha sido la principal víctima del crimen. Los países nórdicos interpretan que esa disposición significa que la norma se aplica, por ejemplo, aunque la persona de que se trate haya cumplido ya una larga sentencia de reclusión. Por ello, la disposición se opone claramente a principios tradicionales con fuerza legal en el derecho penal y debería redactarse en términos menos categóricos. Una solución razonable podría ser establecer que el conocimiento por un tribunal nacional no impedirá que un crimen sea juzgado con arreglo al código, pero que habrá que tener en cuenta la pena que la persona condenada esté cumpliendo o vaya a cumplir con arreglo a la sentencia pronunciada por el tribunal nacional.

*Artículo 11*

21. La disposición establece que el hecho de que un individuo actuara en cumplimiento de órdenes de un superior no lo exime de responsabilidad penal si «ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden». Debe definirse más claramente la palabra «posibilidad» tal como se emplea en esta disposición. Las consecuencias de negarse a acatar una orden pueden variar mucho, oscilando desde una reprimenda o el despido hasta la pena de muerte. La intención no puede ser que todas esas circunstancias liberen al perpetrador de responsabilidad penal. Este problema debería tratarse expresamente en el propio texto del código.

*Artículo 12*

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.

*Artículo 13*

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.

*Artículo 14*

24. 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.

25. 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.

26. Por otra parte, 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 entonces entre las que no eximen de responsabilidad.

27. Otro problema del proyecto de artículos es que no incluye ninguna disposición que rija 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.

28. El 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.

*Artículo 15*

29. La disposición relativa a la agresión cumple los dos criterios establecidos anteriormente en la sección C. Sin embargo, es discutible que la definición sea adecuada en todos sus aspectos. En el párrafo 3 se incluye una referencia a la posibilidad de que el Consejo de Seguridad determine la agresión. Desde un punto de vista político, la competencia del Consejo de Seguridad en esta materia está bien fundada. Sin embargo, en un contexto legal, no es un enfoque aceptable, ya que el fallo de un tribunal dependería entonces de una evaluación política.

*Artículo 16*

30. Los criterios establecidos en la sección C *supra* se cumplen también, a juicio de los países nórdicos, en este artículo. Sin embargo, la disposición podría limitarse quizá a la «amenaza de agresión violenta», a fin de evitar querellas por faltas menos graves o que no lleguen a constituir verdaderas amenazas.

*Artículo 17*

31. La disposición cumple los criterios mencionados en la sección C, pero en algunos aspectos parece solapar el artículo 24 sobre el terrorismo. Esos dos artículos deberían examinarse atentamente, ya que podría ser suficiente mantener sólo el artículo 17, que es el más amplio de los dos. Existen, sin embargo, poderosos argumentos políticos para prohibir expresamente el terrorismo en un artículo separado o, alternativamente, en un párrafo separado del artículo 17.

*Artículo 18*

32. A juicio de los países nórdicos, esta disposición no cumple el criterio de adecuación establecido en la sección C. La expresión «dominación extranjera en violación del derecho a la libre determinación de los pueblos» es demasiado imprecisa y probablemente demasiado amplia. Con su redacción actual, la disposición podría aplicarse, por ejemplo, a diversas formas de boicoteo comercial, así como a las situaciones en que un país donante estipula ciertas condiciones en relación con la asistencia para el desarrollo. Por ello, la disposición es susceptible de diferentes interpretaciones y podría provocar conflictos. Por consiguiente, debe dársele mucha mayor precisión si se quiere conservarla.

*Artículo 20*

33. Los países nórdicos opinan que la disposición sobre el apartheid no cumple el criterio de la adecuación. Más aún, la definición del crimen está comprendida claramente en el artículo 21, relativo a las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos.

*Artículo 22*

34. Aunque la disposición se refiere a los «crímenes de guerra excepcionalmente graves», no todos los actos especificados en ella pertenecen a esa categoría, aunque sean claramente actos criminales. Esto se aplica, por ejemplo, al «retraso injustificado de la repatriación de prisioneros de guerra después del fin de las hostilidades activas», en el apartado a del párrafo 2.

*Artículo 23*

35. A juicio de los países nórdicos, los actos a que se refiere la disposición no son, por sí mismos, suficientemente graves para incluirlos en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en particular debido a que el uso de tales fuerzas en agresiones armadas o en la opresión de grupos étnicos está abarcado en artículos anteriores. Con su texto actual, la disposición cubre también la complicidad por negligencia al financiar los servicios de mercenarios y es discutible que tal acto deba siquiera considerarse un delito.

*Artículo 24*

36. El alcance de la disposición es demasiado limitado desde un punto de vista sustantivo. Es difícil comprender

por qué sólo deben incluirse los casos en que el terrorista sea «agente o representante de un Estado». Los demás crímenes incluidos en el proyecto de código no están sujetos a tal limitación, ya que los individuos pueden contravenir esas disposiciones sin actuar en nombre de un Estado. La mayoría de los crímenes que podría abarcar este artículo son de tal naturaleza que ya están sancionados generalmente por la legislación penal nacional, así como por ciertas convenciones. Por consiguiente, hay razones para presumir que, en muchos casos, pueda haber disposiciones conflictivas en las legislaciones penales nacionales.

#### Artículo 26

37. Es importante establecer alguna forma de régimen jurídico internacional que trate de la cuestión de la responsabilidad en relación con el daño ambiental transfronterizo. Desde un punto de vista sustantivo, es evidente que el artículo no tiene el grado de precisión necesario para una disposición penal. Por lo tanto, la cuestión debería volver a examinarse.

#### FORMAS DE SANCIÓN

38. Los países nórdicos presumen que el encarcelamiento sería la pena más apropiada, ya que el proyecto de código sólo debe incluir crímenes tan graves que una sentencia de prisión sea la única forma de sanción concebible. Por lo que se refiere a la pena de muerte, los países nórdicos han expresado en varias ocasiones que es inaceptable, incluso para los crímenes más graves.

39. Respecto a la evaluación de la sentencia, opinamos que debería establecerse una escala de penas para cada uno de los artículos. Probablemente también deberían prescribirse sentencias mínimas en relación con varias de las disposiciones penales.

40. También hay una necesidad evidente de disposiciones relativas a la confiscación, además del encarcelamiento. Ese tipo de sanción sería bastante práctico, por ejemplo en los casos en que se hayan robado objetos culturales con ocasión de una guerra.

#### CONCLUSIÓN

41. A juicio de los países nórdicos es más conveniente centrar el proyecto en los crímenes más graves contra la paz y la seguridad de la humanidad, elaborando por tanto un código relativamente limitado.

#### Paraguay

[Original: español]  
[30 de noviembre de 1992]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. En el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son calificados éstos como

crímenes de derecho internacional, que el proyecto no define, sino enumera. El proyecto no distingue, como otros instrumentos internacionales, entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

2. Los principales delitos previstos son: la agresión y la amenaza de agresión, la intervención, la dominación colonial y el apartheid. Otro grupo lo constituyen el reclutamiento, la utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios. Un tercer grupo está formado por el genocidio, las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, los crímenes de guerra excepcionalmente graves, el tráfico ilícito de estupefacientes y los daños intencionales y graves al medio ambiente.

3. Muchos de estos delitos, como el genocidio, los crímenes de guerra y las torturas, ya han sido previstos por instrumentos emanados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos.

4. Este proyecto viene a completar esas normas, buscando una eficaz protección de los derechos humanos y una mejor tutela de los principios de no intervención y de autodeterminación de los pueblos. Contribuye a enriquecer la protección jurídica de la comunidad internacional.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

##### Artículo 3

5. En el texto en español del párrafo 1 se deberían reemplazar las palabras «podrá ser sancionado» por «será sancionado». La naturaleza de la norma penal es que ésta sea imperativa. Esta modificación se aplica igualmente a los párrafos 2 y 3.

##### Artículo 7

6. Cualquiera que sea el criterio que se tenga respecto a la derogación del principio penal de la prescripción de la acción penal y de la pena, no se hace en este artículo sino seguir el sistema establecido respecto de delitos de este tipo por instrumentos internacionales análogos. Cabe, sin embargo, en lugar de declarar la imprescriptibilidad, establecer un plazo o prescripción mayor que el de los delitos comunes.

##### Artículo 9

7. Los párrafos 1 y 2 consagran el principio de la cosa juzgada, pero el párrafo 3 le quita buena parte de su efecto al disponer que, cuando alguien fue condenado por delito de derecho común, puede ser juzgado y condenado de nuevo por el crimen previsto por este código. Tal disposición conspira contra el principio *non bis in idem*, contra el derecho de no ser juzgado más de una vez por el mismo hecho, garantía de legalidad para el imputado instituida para preservar la seguridad jurídica.

8. La misma observación cabe hacer a las normas de los apartados *a* y *b* del párrafo 4. Cabe reconocer, sin embargo, que lo dispuesto por el párrafo 5 contribuye a mitigar los efectos de los citados párrafos.

9. Con relación al párrafo 2 *in fine* del comentario<sup>1</sup>, cabe expresar que un sobreseimiento libre (definitivo) tiene el mismo alcance en nuestro derecho que una sentencia absoluta, aunque se dicte en el sumario y no en el plenario del proceso.

#### Artículo 10

10. La limitación del principio de la irretroactividad penal no es aconsejable. Es ésta una norma cardinal de ordenamiento jurídico, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y es peligroso autorizar excepciones a ella. Creemos por ello que es conveniente la supresión del párrafo 2 de este artículo. Tampoco resulta aceptable el párrafo 3 del comentario<sup>2</sup>, queriendo dar a la ley (*lex*), injustificadamente, un sentido muy amplio, comprendiendo en ella no sólo la ley escrita, sino la costumbre y los principios generales del derecho. Ello conduce prácticamente a la anulación del citado principio de legalidad de los delitos y las penas.

#### Artículo 14

11. El párrafo 1 del artículo 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.

En 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 eximentes, remitirse a la legislación del país donde se cometió el delito.

#### Artículo 15

12. En este artículo y en otros se estipula que el autor será condenado a una pena «una vez declarado culpable de ese acto...», lo que constituye una evidente redundancia, pues es obvio que la pena sólo puede imponerse cuando en el proceso se ha probado la culpabilidad del autor.

13. Por otra parte, la Comisión ha estimado que conveniría incorporar al proyecto de código el crimen de anexión del territorio o de una parte del territorio de un Estado soberano por otro Estado recurriendo a la violencia o a otros medios ilícitos.

#### Artículo 16

14. La norma del párrafo 1 es demasiado amplia e imprecisa. Caracterizar la amenaza de agresión como «proferir una amenaza», u «ordenar que sea proferida», no configura bien la figura delictiva. Debe ser razonable-

mente verosímil el riesgo de que la agresión se produzca, exteriorizado por medio de hechos.

#### Artículo 17

15. La intervención en los asuntos internos o externos de un Estado puede asumir formas más sutiles, encubiertas y eficaces que el fomento de actividades armadas y su financiación, por ejemplo atentados o medidas de orden económico o de otro orden, que perturben gravemente la vida de un país, forzándolo a aceptar las exigencias que quieran imponerle.

#### Artículo 19

16. El delito de genocidio ya fue incluido en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y se mantiene la estructura en este instrumento. Si cabe la modificación, podría incluirse en el apartado e a los adultos además de los niños.

#### Artículo 21

17. Es similar al delito de genocidio (art. 19), como se puede ver cotejando las disposiciones de uno y otro artículo, si bien el fin que debe motivar el delito de genocidio no figura en este artículo. Además, las violaciones de los derechos humanos deben ser sistemáticas o masivas. Las diferencias no son, aparentemente, fundamentales.

#### Artículo 22

18. Existe ya una abundante serie de convenios internacionales sobre crímenes de guerra a la cual se hace mención en el comentario que acompaña a este artículo<sup>3</sup>. Cabe preguntarse si es necesaria una nueva incriminación con la característica de que el crimen de guerra sea «excepcionalmente grave» y si es ése un buen criterio para crear una figura delictiva, respecto de la cual ya existen tipificaciones. La mayor o menor gravedad es, sí, un criterio válido para graduar la pena.

#### Artículo 24

19. En este artículo se prevé el terrorismo, no el cometido por particulares o grupos privados, sino por agentes o representantes de un Estado, de lo cual existen casos en la comunidad internacional contemporánea.

#### Artículo 26

20. Dada la gravedad actual de los problemas ecológicos, se ha creído conveniente que los atentados graves al medio ambiente sean erigidos en delitos de derecho penal internacional.

<sup>1</sup> El artículo 9 fue aprobado inicialmente como artículo 7. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 74 y 75.

<sup>2</sup> El artículo 10 fue aprobado inicialmente como artículo 8. Para el comentario, *ibid.*, págs. 75 y 76.

<sup>3</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 113 a 115.

## Polonia

[Original: inglés]  
[29 de marzo de 1993]

## OBSERVACIONES GENERALES

*La cuestión de las penas*

1. En la esfera del derecho internacional público es muy difícil establecer un régimen uniforme de penas que sea aceptable para todos los Estados. Existe una gran variedad de conceptos y filosofías acerca del régimen de penas establecido en el derecho interno de los Estados. Algunas penas aplicables en ciertos países, que se basan en una tradición jurídica y cultural de larga data, son desconocidas en otros; por ejemplo la pena de muerte y la mutilación física.

2. La primera cuestión importante en materia de penas es si debe establecerse una pena específica para cada crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad por separado o si en cambio, ya que todos esos crímenes revisten el mismo grado de gravedad y seriedad extremas, debe adoptarse una fórmula general en todos los casos, es decir la misma pena para todos los crímenes con un grado mínimo y un grado máximo, según existan o no circunstancias atenuantes o agravantes. En la práctica, la segunda opción (es decir establecer una misma pena aplicable a todos los crímenes) tendría más probabilidades de ser aceptada por todos los Estados. El establecer una pena distinta para cada crimen requeriría un análisis muy cuidadoso de la segunda parte del proyecto de código, pero probablemente no impediría que en el futuro inmediato se conciliaran en forma satisfactoria las discrepancias.

3. Teniendo en cuenta la diversidad de sistemas jurídicos y filosóficos y de tradiciones que se reflejan en el derecho penal de los países, el Gobierno de Polonia se inclina por la segunda opción: el período de la pena de prisión (perpetua o por un período de 10 a 35 años) debería ser determinado estrictamente por el tribunal, con arreglo a las circunstancias del caso; y si este último lo estimara necesario, sería complementado con trabajos de interés general, la incautación total o parcial de bienes y la privación de algunos o de todos los derechos civiles y políticos (como lo ha propuesto el Relator Especial en el proyecto de artículo Z<sup>1</sup>).

4. Por consiguiente, el Gobierno de Polonia apoya el establecimiento de una pena única, con un grado mínimo y un grado máximo. Por otra parte, resulta obvio que algunos crímenes podrían considerarse más graves que otros; por ejemplo, el genocidio o la agresión, y que no sería posible considerarlos y tratarlos de la misma manera que al tráfico de estupefacientes, pero correspondería al tribunal tomar en cuenta tales diferencias cuando hubiera de deci-

dir entre la prisión perpetua y la prisión por un período (mínimo) de 10 años.

5. La segunda cuestión en materia de penas es la del tipo de penas aplicables y las penas que habrá que prever en el código deberán aplicarse.

6. En cuanto a la prisión perpetua, Polonia comparte la opinión de que las personas que han cometido «los más graves de los crímenes más graves» deben ser separadas y alejadas de la comunidad internacional y nacional para siempre a fin de proteger a la humanidad y de evitar que tales crímenes se repitan en el futuro.

7. En lo que tiene que ver con la pena de prisión temporal (por un período de 10 a 35 años), el Gobierno de Polonia opina que el individuo que ha sido condenado a esa clase de pena debe cumplir totalmente la condena, sin que deba otorgársele el derecho a solicitar una liberación anticipada.

8. Polonia señala a la atención el hecho de que el proyecto de código no determina qué sujeto u organismo está facultado para ejecutar la pena de prisión ni, por consiguiente, en qué Estado deberán cumplir la pena las personas que han sido condenadas. Tal determinación sería importante, puesto que el rigor de las instituciones penales y las cárceles difiere de un país a otro y es necesario tener en cuenta esas diferencias.

9. A juicio del Gobierno de Polonia, el problema principal en relación con las penas complementarias (adicionales) parece ser su «localización territorial» en uno u otro país. Se plantea la cuestión de determinar respecto de qué Estado la pena de privación de algunos o de todos los derechos civiles o políticos podría ser efectivamente aplicable. Además, dicha pena sólo podría ser dictada por un tribunal del Estado del cual fuese nacional la persona condenada.

10. Los trabajos de interés general, como pena complementaria, suscitan también algunas dudas. En primer lugar, tal pena debería aplicarse sólo en los casos de transgresiones menores, pero no de crímenes. En segundo lugar, tales dudas atañen a la cuestión de para quién deberían realizarse esos trabajos y de qué sociedad o Estado se beneficiaría con ellos.

11. En principio, Polonia opina que la restitución de los bienes sustraídos es materia del derecho y la jurisdicción internos de cada país interesado. Sin embargo, aun en el ámbito nacional existen problemas y dificultades, de sobra conocidos, en torno a la reivindicación de bienes.

12. La incautación total o parcial de bienes como posible pena sería útil en muchos casos. En cuanto al problema de a quién deberían adjudicarse los bienes incautados en el ámbito internacional, el Gobierno de Polonia sostiene la posición de que, con arreglo a un principio de derecho largamente establecido, la parte de dichos bienes que haya sido sustraída debe ser restituida a su legítimo propietario o a los herederos de éste.

<sup>1</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 86 y 87, nota 280.

13. La entrega a organizaciones humanitarias del resto de los bienes no sustraídos que hayan sido incautados o su adjudicación a un fondo especial de las Naciones Unidas podría originar ciertos problemas prácticos, especialmente en lo que respecta a la propiedad inmobiliaria.

*La incoación de un proceso penal (presentación de casos al tribunal)*

14. El proceso penal respecto de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad podrá ser incoado en primer lugar, pero no exclusivamente, por los Estados. A juicio del Gobierno de Polonia, en algunos casos sería más conveniente y también más adecuado que otras entidades interesadas (por ejemplo organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de carácter internacional) y no los Estados incoaran el procedimiento penal; por ejemplo en el caso de los crímenes contra el medio ambiente, las violaciones de los derechos humanos o los crímenes de guerra. Por consiguiente, las organizaciones interesadas en cada caso deberían tener el derecho de entablar la acción penal respecto de los crímenes que se describen en el proyecto de código.

15. Polonia no comparte la opinión de que el derecho a presentar una acusación deba encomendarse a una fiscalía especial anexa al tribunal, ya que sería difícil establecer otro órgano penal internacional responsable de investigar y determinar los fundamentos de la acusación.

16. Los crímenes de agresión y amenaza de agresión previstos en el proyecto de código constituyen también violaciones de la paz y la seguridad internacionales. Por consiguiente, en esos casos es necesario subrayar y tomar en cuenta la posición y los derechos del Consejo de Seguridad. El propio Consejo de Seguridad no debería tener competencia para adoptar ninguna medida judicial ni para incoar directamente un proceso penal; la solución opuesta no sería lógica ni adecuada. Además, exigiría modificar la Carta de las Naciones Unidas. Una decisión del Consejo de Seguridad en la cual se estableciera que ha habido un acto de agresión o de amenaza de agresión debería ser obligatoria para el tribunal, pero si el Consejo de Seguridad no adopta tal decisión, el tribunal debería tener plenas facultades para decidir por sí mismo que el acto de que se trata constituye agresión o amenaza de agresión. Sin embargo, esa decisión del tribunal no sería obligatoria para el Consejo de Seguridad.

17. Ello permitiría evitar que fuese posible obstruir el procedimiento penal cuando el Consejo de Seguridad no pudiera adoptar una decisión sobre el asunto en sentido afirmativo.

18. En suma, cada decisión del Consejo de Seguridad en sentido afirmativo sería obligatoria para el tribunal; o, por el contrario, el tribunal, actuando a nivel jurídico y no político, tendría que adoptar su propia decisión y continuar el proceso penal, aun cuando el Consejo de Seguridad no adoptara una decisión al respecto. Como lo han señalado varios miembros de la CDI durante el examen del tema en su 43.º período de sesiones, la Corte Internacional de Justicia, en el fallo que dictó el 27 de junio de 1986 en el caso

*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*<sup>2</sup>, no se negó a examinar la cuestión de si uno de los Estados partes en la controversia había cometido un acto de agresión que no había sido caracterizado como tal por el Consejo de Seguridad. En ese caso, la Corte decidió (citando la Definición de la agresión<sup>3</sup>, que refleja el derecho consuetudinario en la materia) por 12 votos contra 3, que los Estados Unidos, al lanzar ciertos ataques contra el territorio de Nicaragua y cometer otros actos que entrañaban la utilización de la fuerza, habían violado la obligación que respecto de Nicaragua les imponía el derecho internacional, de no utilizar la fuerza contra otro Estado.

*Actos que puedan constituir una tentativa de cometer un crimen*

19. El Gobierno de Polonia opina que es improcedente trasladar en forma automática las transgresiones previstas en el derecho interno al derecho internacional. Es también dudoso hacerlo en relación con la tentativa. Tales dudas son mucho más graves respecto de las otras formas de transgresión, entre ellas los preparativos, la ayuda o asistencia y la incitación al crimen. No obstante, el Gobierno de Polonia está dispuesto a considerar la tentativa como un concepto útil que podría aplicarse a los tipos de crímenes descritos por el proyecto de código en sus artículos 15, 17, 19, 21, 22, 24, 25 y 26.

20. El Gobierno de Polonia considera que, en esencia, el crimen de amenaza de agresión parece configurarse como una «pretentativa de agresión», y que resultaría excesivo calificar de crimen una «tentativa de amenaza», fuere cual fuere su naturaleza.

21. En el caso de los crímenes que se describen en los artículos 18, 20 y 23 del proyecto de código, el elemento fundamental parece ser el resultado antijurídico del acto concreto; por consiguiente, cuando no exista ese resultado (por ejemplo cuando sólo se haya llevado a cabo una tentativa de cometer un crimen), debería examinarse y analizarse cuidadosamente el acto de manera diferente, quizás fuera del marco de la responsabilidad penal.

22. En cuanto al conjunto de la segunda parte del proyecto de código, el Gobierno de Polonia opina que el orden en que figuran los distintos crímenes no parece significar que se los haya colocado en una escala o jerarquía de gravedad. El Gobierno de Polonia está de acuerdo con el criterio seguido en el código, de no establecer una distinción entre los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

<sup>2</sup> *Fond, C I J Recueil 1986*, pags 14 y ss, parrs 198 a 201 y 227 a 238

<sup>3</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo

## COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

*Artículo 1*

23. No parece ser necesario en este contexto poner entre corchetes la expresión «de derecho internacional». El código tendrá forma de tratado y sólo puede establecer crímenes de derecho internacional en el marco del derecho internacional. Por otra parte, muchos ordenamientos jurídicos nacionales reconocen los crímenes descritos en el código, a los cuales también se considera crímenes en el derecho interno. Por consiguiente, si se omitieran las palabras que figuran entre corchetes, se suscitara la cuestión del «doble reconocimiento» de esos crímenes como crímenes en el derecho internacional y a la vez en el derecho nacional.

*Artículo 2*

24. El Gobierno de Polonia sugiere que se sustituyan las palabras «sea punible» por las palabras «constituya un crimen» o «sean ilegítimos».

*Artículo 3*

25. El Gobierno de Polonia apoya la idea de que en el proyecto de código se limite la responsabilidad penal por los crímenes que en él se describen exclusivamente a los individuos.

26. Hay tres categorías de individuos a los que podría responsabilizarse plenamente y someterse a un castigo en virtud de las disposiciones del código:

- a) Los dirigentes y organizadores de crímenes (arts. 15 a 20);
- b) Los agentes o representantes de los Estados (arts. 23 y 24);
- c) Toda persona (individuo) (arts. 19, 21, 22, 25 y 26).

La última categoría es la más general.

27. En lo que tiene que ver con estas categorías, el Gobierno de Polonia opina que la aprobación, a los efectos de los artículos 23 y 24, de una limitación personal de la responsabilidad (párr. 26, apart. *c supra*) va demasiado lejos. Cuando el individuo no sea un agente o representante del Estado, no se configuran las características definitorias de los crímenes que figuran en los artículos 23 y 24. Por lo tanto, cabe preguntar por qué sólo ha de considerarse responsable de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad a una categoría determinada de individuos, si los resultados antijurídicos y la gravedad de esos actos, cuando han sido perpetrados por personas que no son agentes o representantes de los Estados, son los mismos.

*Artículo 5*

28. El artículo 5 constituye una barrera bien equilibrada contra la posible interpretación de las disposiciones del

proyecto de código en el sentido de que exoneran a los Estados de su responsabilidad con arreglo al derecho internacional por todas las actividades ilegítimas que les sean imputables. 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. La esencia de la responsabilidad de los Estados por sus actos tiene una naturaleza distinta y existe en un plano diferente.

*Artículo 6*

29. El artículo 6 establece la prioridad correcta de jurisdicción, reconociendo la posición especial del Estado en cuyo territorio se ha perpetrado el crimen. Es importante que en los párrafos 1 y 2 del artículo 6 no se determine por anticipado la jurisdicción del futuro tribunal penal internacional.

*Artículo 7*

30. 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.

*Artículo 8*

31. Se plantean algunas dudas acerca de la expresión «las garantías mínimas reconocidas a todo ser humano en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho». Polonia estima que sería necesario reconocer las garantías máximas o más amplias en lugar de las «mínimas». Por otra parte, no resulta claro lo que significan las palabras «garantías [...] en cuanto a los hechos» y cómo deben interpretarse.

32. En lo tocante a la expresión «por la ley o por un tratado», el Gobierno de Polonia estima que el distinguir entre la ley y los tratados da a entender que un tratado no es una ley o que tiene una naturaleza distinta de la legal. El Gobierno de Polonia propone que se omitan las palabras «o por un tratado», manteniendo simplemente la expresión «por la ley».

*Artículo 9*

33. El principio de la cosa juzgada, que se menciona en el título de este artículo, ha sido elaborado en el texto de tal manera que prácticamente pierde su sentido y su significación fundamentales. Por esa razón, Polonia considera que sería necesario continuar perfeccionando dicho artículo.

*Artículo 10*

34. El Gobierno de Polonia está de acuerdo con la forma en que se ha enunciado en él el principio de la irretroactividad. Quienes hubieran cometido crímenes antes de la

entrada en vigor del código podrán ser por consiguiente sometidos a juicio y a las penas correspondientes

#### Artículo 11

35 El artículo 11 refleja la experiencia derivada fundamentalmente del Tribunal de Nuremberg<sup>4</sup>. En términos generales, el haber recibido una orden no exime de responsabilidad (es decir en principio no se exceptúa esa clase de situaciones) cuando, en las circunstancias imperantes en ese momento, hubiera sido posible para un subordinado no acatar la orden. En la práctica, cabe esperar que muchos individuos que hayan perpetrado crímenes utilicen esa excepción ante el tribunal penal internacional como un excelente argumento de defensa.

36 El Gobierno de Polonia opina que en esos casos sería difícil para el tribunal interpretar en forma adecuada y objetiva la expresión «sí, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden». No resulta claro lo que significa realmente esa oración. Hay muchas interpretaciones posibles. ¿significa exclusivamente una amenaza a la seguridad personal del subordinado o se refiere también a la seguridad de los miembros de su familia u otros parientes cercanos? Polonia considera que sería necesaria una mayor precisión. A juicio del Gobierno de Polonia, el artículo 11 es una de las disposiciones fundamentales para determinar la responsabilidad en muchos casos concretos.

#### Artículo 13

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.

#### Artículo 14

38 En lo concerniente al párrafo 1, el Gobierno de Polonia desearía 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 Comisión en la segunda lectura solo determinan un aumento o disminución del grado de la pena.

39 El párrafo 2, según estima el Gobierno de Polonia, debería complementarse con el agregado de las palabras «circunstancias agravantes» y también «otras circunstan-

cias tales como la personalidad del transgresor, la gravedad de las consecuencias del crimen y demás que proceda tener en cuenta».

#### Artículo 15

40 El apartado *h* del párrafo 4 constituye una cláusula complementaria importante que permitiera al Consejo de Seguridad tomar en cuenta el futuro desarrollo del derecho internacional en lo tocante a la definición de la agresión y en especial a las nuevas formas de agresión que podrían surgir en el futuro.

#### Artículo 21

41 Como se determina en el título de este artículo, solo su carácter sistemático o masivo transforma a las violaciones de los derechos humanos en crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Tal determinación excluye sin duda de la definición de ese crimen a las violaciones individuales y ocasionales de los derechos humanos. Sin embargo, a juicio del Gobierno de Polonia, hay cierta incongruencia en la construcción del artículo 21. Aunque el título del artículo determina que el carácter de sistemáticas o masivas es un atributo necesario de las violaciones que en él se describen, dicho atributo aparece luego solo una vez en la enumeración detallada de las cinco formas (ejemplos) del crimen. Por consiguiente, no resulta claro si es necesario que los asesinatos o las torturas tengan también carácter sistemático o masivo para ser reconocidos como crimen en virtud del artículo 21. Tampoco queda claro si es preciso o no leer las disposiciones esenciales del artículo juntamente con su título. Si solo las violaciones que sean sistemáticas o masivas constituyen un crimen en virtud de las disposiciones del artículo y en caso contrario no están incluidas en el proyecto de código, ello debe expresarse claramente no solo en el título sino también en el texto del artículo.

#### Artículo 25

42 La expresión «en gran escala» tiene carácter subjetivo, y a falta de instrucciones, siquiera generales, sobre como debe interpretarse, sería difícil para el tribunal dilucidar la cuestión de cuando se ha actuado en gran escala y cuando no.

#### Artículo 26

43 Sería razonable complementar la expresión «duraderos» anteponiéndole las palabras «de efectos» («de efectos duraderos») porque, como ha mencionado la Comisión, la expresión «duraderos» no se refiere al período en que se produce el daño, sino a la naturaleza duradera de sus efectos.

44 Las observaciones formuladas anteriormente respecto de la expresión que figura en el artículo 25 («en gran escala») se aplican también a los calificativos «extensos» y «graves», que determinan el carácter de los daños causados al medio ambiente que se mencionan en el artículo 26.

<sup>4</sup> Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg—Historique et analyse memorandum du Secrétaire général* (N.º de venta 1949.V.7)

45. No hay armonía entre el artículo 26 y el artículo 22, relativo a los crímenes de guerra, que se refiere también a la protección del medio ambiente (párr. 2, apart. d). Con arreglo a las disposiciones del artículo 22, también constituye un crimen el hecho de que un individuo emplee los métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar daños, aun cuando la finalidad que se persiga con el empleo de dichos métodos no haya sido la de ocasionar daños al medio ambiente, en tanto el artículo 26 se basa en el concepto de intención y voluntariedad («el que intencionalmente»).

### Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

[Original inglés]  
[29 de enero de 1993]

#### OBSERVACIONES GENERALES

1. El Gobierno del Reino Unido está preocupado por la continua falta de rigor en la preparación del proyecto de artículos y la consiguiente falta de precisión. Muchos de los crímenes propuestos en la segunda parte están definidos vagamente, sin expresar con claridad los elementos que han de constituir el crimen. Al definir cualquier crimen la necesidad de precisión jurídica es fundamental.

2. Al abordar este tema, el Reino Unido ha mantenido siempre la opinión, expresada a menudo en la Sexta Comisión, de que la Comisión debe comenzar por un concepto utilizable de lo que constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Un miembro de la Comisión se ha referido al «andamiaje» de la clasificación tripartita de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, que ha orientado la labor de la Comisión<sup>1</sup>. Esa clasificación no aparece en el proyecto y ha servido simplemente para subdividir una categoría de crímenes cuyos parámetros exteriores si están definidos. Como orientación para la enumeración de delitos concretos, el criterio de la «suma gravedad» es insuficiente, por ser muy subjetivo y elástico. Las opiniones firmemente contrapuestas que se expresaron en la Comisión respecto a los crímenes que habría que incluir en el código atestiguan las dificultades inherentes a un enfoque enumerativo sin un concepto utilizable. Para que la labor de la Comisión tenga éxito es fundamental que haya una distinción racional entre crímenes internacionales y crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Al identificar los delitos que se considera que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión ha seguido correctamente como orientación el proyecto de código de 1954<sup>2</sup>. Menos satisfactoria es la utilización como base del artículo 19 del proyecto elaborado por la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados<sup>3</sup>, que no se ocupa de la responsabilidad penal individual; muchos de los aspectos más discutibles del presente pro-

yecto de código se deben a la utilización de ese artículo por el Relator Especial. Esta observación se aplica en particular a los artículos 18 (Dominación colonial y otras formas de dominación extranjera), 20 (Apartheid) y 26 (Daño ambiental). El basarse en ese artículo es equivocado ya que, al hacerlo, no se reconoce la distinción fundamental entre responsabilidad de los Estados y responsabilidad penal individual. El proyecto de código debe ocuparse sólo de esta última.

3. Varios de los proyectos de artículos tendrían que volver a redactarse en caso de que se estableciera una jurisdicción penal internacional. También es evidente que, para que el código funcione eficazmente, será necesario que reciba un amplio apoyo. Tal como está redactado actualmente, es poco probable que el código logre ese apoyo; ciertamente, el Reino Unido no puede apoyarlo. De hecho, estando muchos de los crímenes que la Comisión ha incluido en la segunda parte sancionados ya en convenciones internacionales, es cada vez más difícil ver qué laguna va a llenar el código.

4. A petición de la Asamblea General, la Comisión está firmemente comprometida actualmente a elaborar un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional. El Reino Unido ha indicado ya en la Sexta Comisión que comparte la opinión muy extendida de que la labor sobre el tribunal no debe realizarse juntamente con la relativa al código. El Reino Unido cree que tendría más sentido, al elaborar el programa general de trabajo de la Comisión, suspender toda labor sobre el código hasta que haya completado la elaboración de un estatuto para un tribunal. Ese estatuto constituiría una base adecuada para que la posición fuera examinada por la Asamblea General.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTÍCULOS CONCRETOS

##### Artículo 1

5. En el proyecto se adopta un enfoque enumerativo para la definición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Este enfoque, que ya fue adoptado en el artículo 1 del proyecto de código de 1954, es el único que permitiría definir adecuadamente los elementos constitutivos de cada delito. Sin embargo, ya se han señalado anteriormente las deficiencias de la metodología de trabajo de la Comisión. Los motivos para la inclusión o la exclusión de cada delito parecen arbitrarios. Es difícil discernir las razones para la exclusión de la esclavitud, la piratería, el tráfico de mujeres y niños y el secuestro de buques y aeronaves, que son todos delitos bien establecidos en el derecho internacional, al tiempo que se incluyen «crímenes internacionales» anteriormente desconocidos, como las actividades de los mercenarios y los daños intencionales y graves al medio ambiente. La inclusión de las palabras «de derecho internacional» no es necesaria ni útil.

##### Artículo 2

6. El Reino Unido reconoce que una aclaración de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno

<sup>1</sup> *Anuario 1986*, vol I, 1961ª sesión, párr 67

<sup>2</sup> Aprobado por la CDI en su sexto periodo de sesiones, texto reproducido en *Anuario 1985*, vol II (segunda parte), págs 8 y 9

<sup>3</sup> *Anuario 1976*, vol II (segunda parte), pág 71

respecto a la tipificación de un acto o una omisión como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad puede ser conveniente y necesaria. Sin embargo, de los términos de este artículo no se deduce claramente qué problema se está resolviendo. 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. La referencia al Principio II de los Principios de Nuremberg<sup>4</sup> en el comentario<sup>5</sup> apoya esa interpretación. Si esto es lo que pretende la Comisión, debería decirse en el artículo.

### Artículo 3

7. Este artículo está enfocado correctamente hacia la responsabilidad penal de los individuos. Sin embargo, no se incluye en el párrafo 1 ningún requisito de dolo —o *mens rea*—, que es un elemento fundamental para los crímenes graves. La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, por ejemplo, se refiere en su artículo II a «actos perpetrados con la intención», lenguaje que se repite en el párrafo 2 del artículo 19 del código. El párrafo 1 refleja el enfoque de los que consideraban en la Comisión que la intención podía deducirse de la «naturaleza masiva y sistemática de un crimen». Ese enfoque confunde los elementos de un crimen con su prueba. La enormidad de los actos cometidos puede entrañar una presunción de intención en los más altos niveles de mando, aunque incluso allí deberían poderse presentar pruebas para refutar la presunción, en caso de que existan. Sin embargo, la gran mayoría de los posibles acusados habrán desempeñado sólo una pequeña parte en acontecimientos de gran alcance y, en su caso, el grado de conocimiento del individuo es fundamental. La cuestión aparece claramente al estudiar el párrafo 2. Debería establecerse en el código, ya sea en general en la parte I, o en la parte II respecto de cada crimen, que el dolo es un elemento esencial.

8. En el párrafo 3 se atribuye responsabilidad por la tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Será esencial que se indiquen los artículos a los que se pretende aplicar esa disposición. No tendría sentido, por ejemplo, hablar de tentativa de cometer una amenaza de agresión (art. 16).

### Artículo 4

9. Sería más apropiado que esta disposición formara parte del artículo 14 (Circunstancias eximentes y atenuantes) pues allí podría establecerse simplemente que el móvil no constituye una circunstancia eximente. En la medida en que el móvil constituya uno de los requisitos de

un crimen, ese hecho podría y debería incluirse en la definición de ese crimen. El subterfugio contra el que se dirige este artículo, a saber que un perpetrador alegue un móvil diferente del requerido como elemento de un crimen, podría resolverse adecuadamente en el marco de la definición de ese crimen, y es en definitiva una cuestión de prueba de si existió el móvil requerido. Cualquier otro móvil es irrelevante.

### Artículo 5

10. Si bien se acepta el principio en que se basa este artículo, su texto debería ser tal que admitiera al menos la posibilidad de que un requisito para exonerar a un Estado de su responsabilidad podría ser entregar a determinados individuos para que sean juzgados.

### Artículo 6

11. A falta de una jurisdicción penal internacional con jurisdicción obligatoria, la Comisión ha tenido que formular este artículo desde la posición ventajosa de la ejecución indirecta y nacional del código. Para ser eficaz, ese enfoque requiere: a) una amplia participación, no sólo de los Estados «víctimas», b) una base amplia para la jurisdicción y c) la limitación de la excepción del delito político. El proyecto de artículos cumple sólo el segundo de esos requisitos. Y el tratamiento de la jurisdicción universal es superficial. Tanto si la Comisión tiene éxito en la elaboración de un estatuto para un tribunal penal internacional como si no lo tiene, será necesario, como se reconoce en el comentario<sup>6</sup>, elaborar reglas más específicas para la aplicación efectiva del código. El Reino Unido supone que se seguirá para ello la orientación de los artículos 2 a 11 de la Convención internacional contra la toma de rehenes y otras convenciones similares.

12. La obligación de juzgar o conceder la extradición, contenida en el párrafo 1, figura en muchas convenciones internacionales. En el comentario se desarrolla más el significado de «juzgar», que se pretende que abarque todas las fases del proceso penal, enfoque que convendría que se incorporara al artículo. Sin embargo, sería preferible que se empleara la fórmula más usual «someter el caso a las autoridades competentes con fines de enjuiciamiento». También hay que aclarar que los Estados a que se hace referencia en este artículo son sólo los que sean partes en la convención que contenga el código. El concepto de jurisdicción universal se basa en la noción de que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad afectan a todos los Estados dondequiera que se hayan cometido e independientemente de la nacionalidad del perpetrador o de la víctima. Sin embargo, el párrafo 2 refleja la dificultad que encontró la Comisión para asignar prioridades cuando varios Estados soliciten la extradición con objeto de juzgar al perpetrador. Con objeto de facilitar la prueba, se da habitualmente prioridad en las convenciones vigentes al Estado en cuyo territorio se cometió el cri-

<sup>4</sup> Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Texto reproducido en *Anuario 1985*, vol II (segunda parte), párr 45

<sup>5</sup> Véase *Anuario 1987*, vol II (segunda parte), pag 14

<sup>6</sup> El artículo 6 fue aprobado inicialmente como artículo 4. Para el comentario, véase *Anuario 1988*, vol II (segunda parte), págs 73 y 74

men. Sin embargo, la concesión de la prioridad al Estado territorial menoscabaría la aplicación efectiva del código si estuvieran implicados funcionarios públicos de ese Estado o el crimen fuera el resultado de su política oficial. Pese al artículo 13, para ser realistas, hay que admitir que 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. Otro problema práctico surge cuando se solicite la extradición sin verdadera intención de juzgar. En el párrafo 2 sería preferible establecer un orden de prioridades con la obligación concomitante de que el Estado que conceda la extradición se asegure de que el Estado que la solicite tenga una intención de buena fe de juzgar al perpetrador.

#### Artículo 7

13. La norma sugerida podría entorpecer los intentos de reconciliación nacional y la concesión de la amnistía por crímenes. La Comisión debería examinar más atentamente si habría de permitirse la amnistía y en qué condiciones, así como el efecto que tendría sobre el proyecto de artículos. A ese respecto, hay que examinar el artículo 9. Si, por ejemplo, un Estado concediera una amnistía a todos los funcionarios públicos que hubieran participado en la comisión de un crimen penado en el código, el artículo 9 permitiría aún, con ciertas condiciones, su enjuiciamiento por otro Estado o por un tribunal penal internacional. Si la amnistía puede considerarse un intento de buena fe de reconciliación nacional o una medida cínica destinada a evitar la aplicación indirecta del código dependerá de las circunstancias. Claramente, la concesión de amnistías podría menoscabar la eficacia de la ejecución indirecta del código y es una cuestión que la Comisión tiene que considerar.

#### Artículo 8

14. Esta es una disposición fundamental, una de las pocas que atañen a la aplicación adecuada del código. Las garantías judiciales tienen especial importancia cuando se acuse al perpetrador de crímenes odiosos de los tipos enumerados y que provoquen grandes emociones. El artículo 8 mejoraría si las aclaraciones que figuran en los párrafos 6, 7 y 8 del comentario se incorporaran al texto del artículo<sup>7</sup>.

#### Artículo 9

15. En este artículo se reconoce la interrelación entre el derecho interno y el internacional: con arreglo a él, los individuos no están exentos de una doble culpabilidad cuando ciertos delitos de derecho común constituyan también crímenes con arreglo al código. El Reino Unido 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 liber-

tades fundamentales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos ambos en que es parte. Por el momento, el Reino Unido desea señalar sólo que el párrafo 4 va aún más lejos y permite que un individuo sea juzgado en más de un Estado por un crimen penado en el código, aunque el párrafo 5 actuaría para reducir la pena tras la condena. Tal como está redactado actualmente ese párrafo, nada impediría al Estado en cuyo territorio se cometió el crimen, o que haya sido la principal víctima del mismo, juzgar y castigar a un individuo que ya haya sido juzgado y castigado en el Estado del que sea nacional, en ambos casos por el mismo crimen de uno de los tipos establecidos en el código. La única salvaguardia es la mencionada en el párrafo 5. Si el problema que trata de resolver este aspecto de la norma es un castigo demasiado indulgente en el Estado del que es nacional un individuo, el párrafo 4 tendría más sentido si hiciera depender la jurisdicción de los tribunales nacionales en él especificados de la falta de castigo adecuado en la primera instancia.

#### Artículo 11

16. Si bien conviene con la Comisión en que esta disposición podía haber formado parte del artículo 14<sup>8</sup>, el Reino Unido acepta que la importancia de la cuestión y su relación con la tratada en el artículo 12 justifican su inclusión en este lugar. El texto, extraído del proyecto de código de 1954, no es plenamente satisfactorio: un individuo no estaría exento de responsabilidad penal si, «dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar [la orden de un superior jerárquico]». En la redacción actual dista mucho de estar claro cuándo el cumplimiento de órdenes actuará como una circunstancia eximente respecto a un crimen penado en el código porque, dadas las circunstancias del caso, no fue posible desobedecer la orden. Además, esa redacción parece alterar profundamente el principio establecido en el artículo 8 del estatuto del Tribunal de Nuremberg de que las órdenes de un superior no constituyen una circunstancia eximente, pero pueden considerarse para mitigar la pena<sup>9</sup>. Tampoco es coherente con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en la que se establece que «no podrá invocarse una orden de un funcionario superior... como justificación de la tortura» (art. 2, párr. 3). Este artículo debe examinarse de nuevo, teniendo en cuenta los crímenes considerados en el presente código y la tendencia general del derecho internacional hacia la ampliación de la responsabilidad individual.

#### Artículo 13

17. Evidentemente, 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 Co-

<sup>8</sup> Véase el párrafo 4 del comentario en *Anuario 1991*, vol II (segunda aparte), pag 108

<sup>9</sup> Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg—Historique et analyse, memorandum du Secrétaire general* (N° de venta 1949 V 7)

<sup>7</sup> El artículo 8 fue aprobado inicialmente como artículo 6. Para el comentario, véase *Anuario 1987*, vol II (segunda parte), pags 16 y 17

misión no ha considerado aquí, ni en el artículo 9, la posible inmunidad de proceso judicial de esos funcionarios. La Comisión 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.

#### Artículo 14

18. Evidentemente, 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 permita 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 esboquen 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.

#### PARTE II

19. La característica más decepcionante del proyecto es con mucho su parte II, así como los crímenes en ella enumerados. Como señaló uno de los miembros de la Comisión, es fácil expresar una indignación moral, pero menos fácil describir en términos jurídicos abstractos las normas primarias y todas las consecuencias jurídicas derivadas de su violación<sup>10</sup>. El enfoque adoptado por la Comisión tiene tres deficiencias fundamentales. En primer lugar, esa Comisión no se guió por un concepto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad al seleccionar los crímenes que habían de incluirse en esa parte del proyecto. Como consecuencia, los crímenes enumerados en la parte II no pueden considerarse como un catálogo coherente y lógicamente defendible de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En segundo lugar, los artículos no mantienen la distinción entre crímenes internacionales en general y crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, ni entre los crímenes cometidos por un individuo y los que pueden ser atribuibles al Estado. En tercer lugar, muchas de las definiciones de los crímenes contenidos en esta parte proceden de resoluciones de la Asamblea General y convenciones internacionales que no han recibido en todas las ocasiones un apoyo amplio y que, en todo caso, requieren un examen mucho más atento para asegurarse de que la redacción sea la apropiada para un código penal. Los comentarios que siguen deben conside-

rarse solamente como un muestrario de críticas, en el que se identifican algunos de los peores defectos de la parte II en su versión actual.

#### Artículo 15

20. El Reino Unido tiene graves dudas respecto a este artículo. En su mayor parte, es una repetición de la Definición de la agresión que figura en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General. Esa resolución tenía por objeto ayudar a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, aclarando un concepto fundamental de la Carta de las Naciones Unidas, pero que había quedado sin definir. El Reino Unido concuerda enteramente con los miembros de la Comisión que consideraron que una resolución encaminada a servir de orientación a los órganos políticos de las Naciones Unidas es inapropiada como base para el enjuiciamiento penal ante un órgano judicial. Es claramente insuficiente que en el comentario se sugiera que se responda a ese criticismo al dejar de mencionar la resolución por su nombre<sup>11</sup>. El texto de la resolución requiere una adaptación cuidadosa a fin de prescribir clara y específicamente qué actos entrañan una responsabilidad penal individual. El apartado *h* del párrafo 4 viola el principio *nullum crimen sine lege*, al tiempo que actúa con un posible efecto retroactivo en contravención del artículo 10.

#### Artículo 16

21. Este artículo es inaceptable. Si hay un crimen de amenaza de agresión (lo que es dudoso) sería más apropiado para la responsabilidad de los Estados que para la responsabilidad penal individual. La definición contenida en el párrafo 2 es insatisfactoria, ya que deja sin aclarar la naturaleza exacta del crimen, pese al intento de una definición enumerativa realizado por la Comisión. Las acciones enumeradas en el párrafo 2 tienen una cualidad colectiva que las hace inapropiadas para la creación de una responsabilidad penal individual. La frase «o cualquier otra medida que pueda dar al Gobierno de un Estado razones suficientes para creer que se contempla seriamente una agresión contra ese Estado» no comienza siquiera a satisfacer el grado de precisión que requiere un código penal.

#### Artículo 17

22. En su sexto informe, el Relator Especial planteó la cuestión retórica, «teniendo en cuenta los matices y los grados que abarca, ¿no es el concepto de intervención demasiado general y demasiado variado en sus manifestaciones para constituir un concepto jurídico?»<sup>12</sup>. «Intervención» es ciertamente un término de gran generalidad conceptual, que carece de la precisión necesaria para

<sup>11</sup> El artículo 15 fue aprobado inicialmente como artículo 12. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 77 y 78.

<sup>12</sup> *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 200, documento A/CN.4/441, párr. 22.

<sup>10</sup> *Anuario... 1985*, vol. I, 1883.ª sesión, párr. 3.

definir un comportamiento criminal. Las actividades enumeradas en el párrafo 2 hacen poco en favor de la aclaración y la precisión necesarias del concepto. En todo caso, es dudoso que la intervención sea un crimen que deba entrañar una responsabilidad penal individual. Las fuentes en que se basa la Comisión, en particular el fallo en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*<sup>13</sup>, se refieren a la licitud o ilicitud de la intervención de un Estado en los asuntos internos o externos de otro Estado. No se ocupan de la responsabilidad penal y aún menos de la responsabilidad penal individual en derecho internacional. La «intervención» no está reconocida en derecho internacional como un crimen que entrañe una responsabilidad penal individual ni, a juicio del Reino Unido, debe ser reconocida como tal.

#### Artículo 18

23. Términos tales como «dominación colonial» y «dominación extranjera» no poseen el contenido jurídico necesario para su inclusión en un código de crímenes ni tienen fundamento alguno en el derecho penal internacional. La «dominación colonial» es, en todo caso, un concepto pasado de moda y que recuerda actitudes políticas de otra era. Su presencia en el artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados no justifica en modo alguno su inclusión en el código. El Reino Unido lamenta la introducción de términos que son poco más que consignas políticas en un código que pretende ser un instrumento jurídico. En vez de emplear etiquetas que abarcan comportamientos tanto permisibles como no permisibles, la Comisión debería identificar y definir los actos o prácticas que se pretende castigar. Los actos cometidos durante «una dominación colonial o cualquier otra forma de dominación extranjera» pueden, cuando se definan mejor, encajar en otras disposiciones del código relativas, por ejemplo, al genocidio (art. 19) o las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos (art. 21).

#### Artículo 19

24. La Comisión debería examinar la relación entre el código y el artículo IX de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, en el que se establece la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en caso de controversias entre las partes contratantes relativas, en particular, a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio.

#### Artículo 20

25. Como el presente proyecto pretende actualizar las disposiciones del proyecto de código de 1954, para tener en cuenta la evolución posterior también debería tener

plenamente en cuenta la Comisión la evolución política durante el decenio transcurrido desde que inició la labor sobre el presente proyecto. El examen del apartheid en la Comisión se centró naturalmente en Sudáfrica, aunque posteriormente se suprimió la mención de ese Estado, y el proyecto de artículo se aplica ahora sin referencia a una época o un lugar. La Comisión tiene fundamentalmente que reconsiderar este artículo a la luz de las nuevas circunstancias internacionales.

#### Artículo 21

26. En todo código de crímenes de derecho internacional hay que ocuparse evidentemente de las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos. Para calificar a un acto de «violación sistemática o masiva de los derechos humanos» tiene que cumplir dos requisitos: la excepcional gravedad del acto y la manera sistemática o masiva de cometerlo. La lista expresa de actos es bienvenida, pero el artículo es incompleto e insatisfactorio. El comentario evidencia que las definiciones de los términos empleados, como la tortura o la esclavitud, pueden hallarse en convenciones internacionales vigentes. Aun suponiendo que los tribunales nacionales pudieran identificar la fuente pertinente, las definiciones allí contenidas no están exentas de controversia. De hecho, como se indica en el comentario, puede dudarse de que la definición de la tortura que figure en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes deba abarcar sólo los actos cometidos por funcionarios. En su redacción actual, el artículo no contiene ninguna definición precisa de la conducta criminal ni ningún concepto unificador claro.

#### Artículo 22

27. Al optar por un compromiso que concilie tendencias en conflicto dentro de la Comisión, ésta se expone a hacer proliferar las categorías de crímenes de guerra sin ningún provecho concomitante. Si la Comisión decidiera conservar este artículo, el Reino Unido preferiría que la disposición concordara con las tipificaciones vigentes de los crímenes de guerra, reemplazando la frase «crímenes de guerra excepcionalmente graves» por «violaciones graves de los Convenios de Ginebra», por ejemplo.

#### Artículo 23

28. Si bien las actividades mercenarias pueden ser censurables, en ciertas circunstancias, el Reino Unido opina que no tienen lugar alguno en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esas actividades no están suficientemente extendidas ni son tan graves como para merecer su inclusión en el código. Tampoco han alcanzado aún un reconocimiento general como crímenes internacionales. La Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios no ha recibido aún más que un puñado de adhesiones.

<sup>13</sup> *Fond, C I J Recueil 1986*, págs 14 y ss, párrs 198 a 201 y 227 a 238

*Artículo 24*

29. El Reino Unido lamenta que la Comisión, al igual que en el proyecto de 1954, haya limitado el alcance del artículo al terrorismo patrocinado por un Estado. El terrorismo internacional no se limita ya a los actos de agentes o representantes de los Estados. Al tratar de distinguir entre terrorismo internacional y terrorismo «interno», la Comisión ha pasado por alto la importante categoría del terrorismo no patrocinado por un Estado pero dirigido contra Estados, que merece estar incluido en una definición de terrorismo internacional. El Reino Unido instaría, por tanto, a la Comisión a que volviera a considerar la definición de terrorismo, incluida la actual omisión del terrorismo «interno». Este último constituye en la práctica, para muchos Estados, un problema mayor que el terrorismo internacional. Tendría que considerar también la relación entre este artículo y los crímenes internacionales omitidos en el código, como el secuestro de buques y aeronaves y la toma de rehenes, que podrían quedar incluidos en la actual definición de terrorismo internacional.

*Artículo 25*

30. En el proyecto de código de 1954 se omitieron los crímenes relacionados con el tráfico de drogas, junto con la piratería, el tráfico de mujeres y niños, la falsificación de dinero y la interferencia en los cables submarinos. El Reino Unido hubiera deseado que se analizaran más detalladamente esos delitos con miras a determinar si constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. A juicio del Reino Unido, el tráfico de drogas, aunque sea un crimen internacional, representa un caso marginal para la inclusión en un código como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Puede preguntarse qué se ganaría al incluir en el código una actividad que es considerada criminal por la inmensa mayoría de los Estados y enjuiciada efectivamente como tal en la mayoría de ellos.

*Artículo 26*

31. El origen de esta disposición es el artículo 19 del proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, donde su inclusión dio lugar a controversias. Lo mismo ocurre aquí, ya que no existe ciertamente ningún reconocimiento general de los «daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente» como constitutivos de un crimen internacional, y mucho menos de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Los daños ambientales pueden dar lugar a responsabilidad civil y penal con arreglo a las legislaciones nacionales, pero tipificar tales daños como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad sería extender demasiado el derecho internacional.

## CONCLUSIÓN

32. El Reino Unido considera que la Comisión podría dedicar más útilmente sus limitados recursos a otros temas de su programa de trabajo. Como se indicó anteriormente, cree que la labor sobre este tema debe suspenderse, al menos hasta que se haya completado la labor sobre un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional.

**Senegal**

[Original: francés]  
[18 de diciembre de 1992]

1. Ya durante los debates celebrados sobre este tema en la Sexta Comisión, la delegación senegalesa se felicitaba por la calidad del informe presentado por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, así como por los esfuerzos realizados, durante 10 años, para elaborar un código de crímenes y el estatuto de una jurisdicción penal internacional<sup>1</sup>.

2. El Gobierno del Senegal estima también que la comunidad internacional no puede desconocer ya los problemas que plantea la evolución de la criminalidad con dimensiones internacionales.

3. La represión de esos crímenes requiere a menudo la intervención de varios sistemas jurídicos, cuyas legislaciones no suelen ser compatibles. Esa situación engendra conflictos espaciales de jurisdicción, lo que dificulta una represión pronta y eficaz de los crímenes, sin contar las tensiones que originan a menudo las peticiones de extradición.

4. Por ello, hay una necesidad urgente de que la comunidad internacional intente armonizar las legislaciones penales a fin de luchar eficazmente contra los crímenes y delitos de carácter internacional. Esa empresa debe orientarse de modo prioritario hacia la prevención, debido a las lagunas existentes en la represión como medio de lucha contra la criminalidad.

5. Por todas esas razones, el Senegal sostiene el principio de la elaboración de una convención en materia de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y de una jurisdicción penal internacional, en la inteligencia de que dicha convención debe definir el marco jurídico de una cooperación judicial internacional, necesario más que nunca para luchar contra el crimen y la delincuencia de modo general, en particular mediante la asistencia técnica y financiera a los países en desarrollo.

<sup>1</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión, párrs. 47 a 52.*

**Sudán**

*[Original arabe]  
[26 de enero de 1993]*

1. Debe insertarse, al comienzo del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, un artículo en el que se definan los términos y expresiones empleados en el texto que requieran una explicación jurídica definitiva para evitar que puedan surgir interpretaciones individuales o controversias.
2. En las disposiciones del proyecto de código no se distingue entre los crímenes cometidos por una persona en el territorio de su propio país y los cometidos en otro país. Hay que incluir una distinción entre esos dos tipos de crímenes y hay que determinar qué tribunal es competente para fallar respecto a los crímenes contra extranjeros cometidos por nacionales de un país determinado.
3. Es necesario determinar qué tribunal o tribunales son competentes para fallar sobre los crímenes especificados en el proyecto de código.
4. El que no se hayan determinado penas para cada uno de los crímenes especificados en el proyecto de código significa que el texto no es suficientemente completo para permitir un comentario respecto a las penas apropiadas y que probablemente lleven a la reducción de tales crímenes.

**Suecia**

*[Véase Países nórdicos]*

**Turquía**

*[Original ingles]  
[15 de enero de 1993]*

**OBSERVACIONES GENERALES**

1. Es conveniente que el proyecto de código se apruebe inicialmente como una declaración para convertirlo posteriormente en un documento vinculante.
2. El hecho de que algunas de las cuestiones tratadas en el proyecto se hayan extraído de ciertos tratados y de que ciertos órganos nacionales estén autorizados a incoar procesos y pronunciar fallos sobre esas cuestiones puede crear dificultades para los Estados signatarios al tratar de armonizar sus obligaciones con arreglo a tales tratados con las derivadas del proyecto de código.
3. El proyecto mejoraría si pudieran especificarse penas junto con los crímenes. Sin embargo, sería conveniente permitir que los jueces decidan la pena aplicable entre un mínimo y un máximo fijados en vez de estipular sentencias determinadas para cada crimen.

4. No deben incluirse en el proyecto crímenes sobre los que no se haya logrado un completo acuerdo.

**COMENTARIOS SOBRE ARTICULOS CONCRETOS***Artículo 7*

5. Aunque la idea en que se basa el artículo es sostenible, en caso de que se estableciera en el futuro un tribunal penal internacional, debería preverse un conjunto de normas —quizá relativamente amplio— sobre la prescripción para los casos de abuso del derecho en acciones incoadas contra ciertos países.

*Artículo 10*

6. Según ese artículo, nadie será condenado por actos cometidos antes de la entrada en vigor del código. El principio que figura en el párrafo 2 está incluido entre los principios básicos de derecho penal y debe emplearse en el proyecto.

*Artículo 15*

7. Tras la enumeración de los actos de agresión, en el apartado *h* del párrafo 4 del artículo 15 se señala que el Consejo de Seguridad podrá también determinar, con arreglo a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, otros actos que podrán igualmente considerarse crímenes. Sin embargo, uno de los pilares básicos del derecho penal, que constituye una salvaguardia para el delincuente, es que los elementos de los delitos y las penas aplicables deben estar predeterminados. A la luz de ese principio, no sería apropiado que el código contuviera una disposición de ese tipo, que podría dar lugar a la determinación de delitos que no podían preverse de antemano.

*Artículo 16*

8. En el artículo 16 del proyecto se menciona el uso de la fuerza entre los crímenes contra la seguridad de la humanidad. En ese artículo se estipula en su párrafo 1 que se sancione a la autoridad o el organizador que profiera una amenaza de agresión. En el párrafo 2 del mismo artículo se indica que la amenaza de agresión consiste en declaraciones y demostraciones de fuerza que puedan hacer pensar a los gobiernos que se contempla seriamente una agresión contra sus países. Ese concepto figura también en la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, como la Carta constituye un tratado que obliga a los Estados Miembros, y no a los individuos, sería esencial que se aclarara cómo surgirían responsabilidades personales de tal crimen. Por otra parte, en los casos en que ciertos individuos cometen un crimen de amenaza de agresión, pueden darse a menudo evaluaciones subjetivas respecto a los elementos constitutivos del crimen, o a si la persona actuó o no en nombre de su gobierno, o al decidir quién cometió realmente el crimen.

*Artículo 22*

9. Habría que volver a considerar si los actos mencionados en el apartado *a* del párrafo 2, bajo el título «Crímenes de guerra excepcionalmente graves», corresponden realmente a ese encabezamiento.

10. En el apartado *f* del párrafo 2 se prevé que se consideren crímenes de guerra los actos de agresión contra bienes de excepcional valor religioso, histórico o cultural. Sería conveniente ampliar ese párrafo para incluir el robo, el contrabando y la destrucción de esos bienes de valor religioso, histórico, cultural y científico o tecnológico cuando se realicen en el ambiente caótico de una guerra.

**Uruguay**

*[Original español]  
[17 de noviembre de 1992]*

1. El Gobierno del Uruguay expresa su más firme apoyo a la idea de elaborar un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad con la convicción de que la vigencia de un cuerpo normativo de tal naturaleza contribuirá en forma relevante a la instauración del predominio universal del derecho a través de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional.

2. Idéntica reacción le merece la idea del establecimiento permanente de una jurisdicción penal internacional de carácter universal y la creación a tal efecto de un tribunal penal internacional llamado a juzgar a las personas físicas a las que se pueda imputar responsabilidad por crímenes de derecho internacional.

3. Dentro de tal orden de ideas y como comentario al artículo 6, estima que sería altamente conducente a los propósitos perseguidos que la Comisión se abocara tan pronto como le fuera posible a la elaboración del estatuto de dicho tribunal.

4. No le merece observaciones el criterio provisional adoptado por la Comisión de proceder a la formulación de una lista de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, definiéndolos individualmente en el proyecto de articulado.

5. En cuanto a las figuras delictivas incorporadas y a su tipificación, hace reserva de opinión hasta una etapa posterior y más avanzada de los trabajos de la Comisión.

6. No obstante dicha reserva, el Gobierno uruguayo estima pertinente, con relación al artículo 26, adelantar desde ya algunos comentarios y observaciones en concordancia con lo expuesto por sus representantes en distintos foros internacionales, y particularmente por el Presidente de la República, Luis Alberto Lacalle, en el discurso pronunciado en la sesión plenaria que tuvo lugar el 13 de junio de 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>1</sup>.

7. El Uruguay entiende que una defensa eficaz del medio ambiente sólo es posible en el marco de la cooperación internacional, mediante la acción conjunta de todos los Estados, concluyendo instrumentos internacionales que consagren obligaciones precisas de carácter jurídicamente vinculatorio y que atribuyan competencia a tribunales nacionales e internacionales, según sea el caso, que hagan posible hacer efectiva la responsabilidad de los autores de conductas ecológicamente ilícitas.

8. En el sentido señalado, el Gobierno uruguayo ha resumido su pensamiento, en el orden nacional, en el proyecto de ley remitido a la consideración del poder legislativo sobre la «Prevención del Impacto Ambiental» y, a nivel internacional, en el documento titulado «Pautas para un Proyecto de Código Ambiental Internacional», presentado a la Asamblea General en el transcurso del cuadragésimo séptimo período de sesiones, que contiene un capítulo específico dedicado a la responsabilidad civil y penal.

9. Con respecto concretamente al artículo 26 y a la tipificación del delito que contempla dicha disposición, considera, con base en los antecedentes señalados, que el requisito de la «intencionalidad» debería ser suprimido, teniendo presente la naturaleza de las consecuencias de la conducta del agente—daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural— y dar paso o prioridad al principio de la responsabilidad, que en el caso singular del medio ambiente debería abarcar no sólo los casos de daños causados intencionalmente (dolosos), sino también los causados por negligencia o falta de previsión (culposos), dado que el bien que se intenta tutelar es, en última instancia, la sobrevivencia de la humanidad.

10. Asimismo entiende que sería apropiado, desde el punto de vista de la técnica normativa, seguir el planteamiento metodológico empleado en varios proyectos de artículos y hacer una enumeración descriptiva de las principales conductas que configuran el delito previsto contra el medio natural, sancionando a los agentes responsables, sean ellos particulares, dirigentes de empresas o representantes de un Estado.

11. El Gobierno del Uruguay se complace en destacar la labor realizada por la Comisión de Derecho Internacional con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, transmitido a los Gobiernos de los Estados Miembros, al tiempo que manifiesta su aspiración de que la continuación de tal labor siga ocupando un lugar preponderante en la atención de la Comisión.

CONF 151/26/Rev I (vol I, vol I/Corr 1, vol II, vol III y vol III/Corr 1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 93 I 8 y corrección), vol III *Declaraciones formuladas por los Jefes de Estado o de Gobierno durante el segmento cumbre de la Conferencia*, págs 246 y ss

<sup>1</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/

## II.—Comentarios y observaciones recibidos de un Estado no miembro

### Suiza

[Original frances]  
[14 de enero de 1993]

1. Como esta es la primera vez que los Estados disponen del conjunto del proyecto de artículos del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Gobierno de Suiza desea hacer ante todo comentarios de carácter general antes de presentar observaciones relativas a ciertos artículos del proyecto.

#### OBSERVACIONES GENERALES

2. La elaboración de un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ha resultado, desde el inicio de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, una empresa ardua. En efecto, este proyecto trata de una materia que no está exenta de controversias políticas. La dificultad de la tarea no hace, sin embargo, menos urgente la adopción por los Estados de tal instrumento, como lo ilustran hoy trágicamente ciertas situaciones regionales. El objetivo que debe guiar a los Estados consiste, sin duda, en establecer normas que sean suficientemente precisas para basar en ellas una imputación conforme al principio intangible *nullum crimen, nulla poena sine lege*, según el cual no podría imputarse un comportamiento ni pronunciarse una sentencia más que en virtud de la violación, por comisión u omisión, de una disposición legal expresa. Por consiguiente, deben enunciarse claramente los hechos susceptibles de dar lugar a una condena. Es imperativo que el derecho penal conserve sus cualidades de claridad y previsibilidad. En caso contrario, la sanción estaría viciada de arbitrariedades y desconocería los derechos fundamentales de la defensa. El Gobierno suizo apoya, por ello, la alternativa seguida por la Comisión, consistente en preferir una definición enumerativa de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en vez de una definición conceptual, que dejaría al juez un margen de interpretación demasiado amplio. El Gobierno de Suiza aprueba igualmente la inserción en el proyecto de disposiciones que recuerden reglas tan esenciales como *non bis in idem* (art. 9) o la irretroactividad (art. 10).

3. Otra observación general parece obligatoria. La idea fundamental en que se apoya todo el código —al menos, tal como nosotros lo interpretamos— es penalizar ciertos actos de especial gravedad a fin de reforzar la paz y la seguridad que la humanidad tiene derecho a pretender. Por ello, los individuos que, por su comportamiento, hayan comprometido deliberadamente la paz o menoscabado la seguridad de la humanidad serían personalmente (art. 3, párr. 1) responsables de sus actos ante una jurisdicción nacional o internacional<sup>1</sup>. El Gobierno suizo suscribe ese enfoque, en la medida en que contribuye a «responsabili-

zar» a los que, por sus funciones, tienen ocasión de socavar los fundamentos mismos de la sociedad humana. La razón de Estado no basta para justificarlo todo.

4. Sin embargo, podría surgir una dificultad. Las amenazas a la paz son, esencialmente, causadas por los Estados. Solo los órganos estatales —en realidad será a menudo el Gobierno— pueden cometer una agresión, recurrir a la intervención o practicar la dominación colonial. No es cierto que la violación de obligaciones que incumben a los Estados a fin de mantener la paz pueda ser objeto sin más de una imputación. Cabe incluso preguntarse si no hay peligro de que la imputación individual de ciertos actos estatales, pese al artículo 5 (Responsabilidad de los Estados), lleve a un resultado paradójico, el de atenuar la responsabilidad internacional del Estado de que se trate, puesto que la exigencia de ésta no constituirá ya necesariamente la sanción última en las relaciones internacionales. Quizá sea conveniente que la Comisión vuelva a estudiar el problema planteado por el paso del comportamiento estatal a la culpabilidad individual.

5. El Gobierno de Suiza parte de la idea de que el futuro instrumento reagrupará en una disposición especial la definición de términos fundamentales. Además, habida cuenta de las posibles divergencias de interpretación, el proyecto de código debería contener una cláusula de solución de las controversias entre los Estados partes que permita llegar a una decisión jurídicamente obligatoria.

6. Por último, no cabe duda alguna de que el futuro instrumento debería tratar la cuestión de las penas. El pronunciamiento de la sanción forma parte integrante del procedimiento penal y en particular del procedimiento del juicio. Por otra parte, es difícil imaginar que un tribunal penal internacional, si llega a establecerse, pueda decidir acerca de la culpabilidad del acusado sin tener también la competencia de imponer una pena. Procedería así acompañar la definición de cada crimen por la indicación de la pena correspondiente, siguiendo el ejemplo de la sistemática adoptada por la mayoría de los códigos penales nacionales. Además, la solución consistente en incluir una escala de penas aplicable a todos los crímenes no parece plenamente compatible con la regla *nulla poena sine lege*. Con arreglo ella, cada imputación debe ir acompañada de una sanción precisa e individualizada. En caso contrario, el futuro código, aparte de la función represiva que le correspondería, no podría desempeñar el papel preventivo que, en buena doctrina, debe asignársele igualmente.

#### COMENTARIOS SOBRE ARTICULOS CONCRETOS

##### Artículo 3

7. A juicio del Gobierno de Suiza sería preferible no incluir en el proyecto la expresión «a que se refieren los artículos» (párr. 3). En efecto, no es seguro que cada uno de los crímenes incluidos en el proyecto de código admita la

<sup>1</sup> La cuestión de la creación de una jurisdicción penal internacional será objeto de observaciones separadas en el momento oportuno

tentativa. El crimen de dominación colonial, por ejemplo, para ser admitido por un juez, parece implicar un mínimo de ejecución, lo que excluye la noción misma de tentativa. De todos modos, la expresión es superflua, pues la tentativa —punible— de cometer un crimen contra la paz y la seguridad se refiere evidentemente a un crimen definido en el proyecto de código y no en otro instrumento.

#### Artículo 6

8. Las disposiciones relativas a la extradición están evidentemente ligadas a las referentes a la creación de un tribunal penal internacional. Sin embargo, independientemente de la elección que se haga en materia de jurisdicción, pueden surgir conflictos de competencia cuando concurren varias solicitudes de extradición. La Comisión ha indicado su preferencia por el Estado en que se haya cometido el crimen, al que debería concedérsele una consideración particular. A juicio del Gobierno suizo, esa solución merece ser apoyada. En efecto, es indudable que el Estado donde ha ocurrido el crimen, que en cierto modo ha sido su víctima, tiene una vocación privilegiada para conocer del asunto. Sin embargo, el Estado en que se presume que se ha perpetrado el crimen estará expuesto a veces a presiones incompatibles con una sana administración de la justicia. Asimismo, en ciertos casos (el apartheid, por ejemplo, como ha señalado la Comisión), el Estado en el que se haya cometido el crimen podría tener una responsabilidad directa en su comisión y tratar de encubrir al acusado. Por ello, el artículo 6 se limita, con buen criterio, a indicar una preferencia en favor del principio de la territorialidad y no establece una verdadera regla de prioridad.

#### Artículo 14

9. La 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 efecto 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.

#### Artículo 15

10. La definición propuesta de la agresión se basa en gran parte —lo que está perfectamente justificado— en la que figura en el anexo a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974. Ahora bien, ese texto está destinado a un órgano político. Además, con arreglo al Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, corresponde al Consejo de Seguridad determinar la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Por consiguiente, el problema que se plantea es el de saber si las determinaciones del Consejo de Seguridad obligan al juez nacional. En cierto sentido, parece conveniente que así sea. En efecto, resulta difícil admitir que un juez nacional pueda calificar de agre-

sión un acto que el Consejo de Seguridad, principal responsable del mantenimiento de la paz, no haya considerado como tal. Sin embargo, por otra parte, se sabe que la actuación del Consejo de Seguridad puede ser paralizada por el ejercicio del derecho de veto. Por ello, las decisiones de los tribunales estarían subordinadas a las del Consejo de Seguridad. No es evidente que la seguridad del derecho ganara con ello. No parece conforme a una sana concepción de la justicia prever que las decisiones del Consejo de Seguridad, órgano político por excelencia, puedan servir directamente como base a los tribunales nacionales cuando tengan que determinar la culpabilidad individual y fijar la cuantía de la pena. En definitiva, sería preferible no insertar el párrafo 5, que está colocado entre corchetes.

#### Artículo 16

11. El artículo 16 trata de la amenaza de agresión, calificada, al igual que la agresión, como crimen contra la paz. Suiza se ha preguntado ya en la Sexta Comisión, durante el debate anual sobre la labor de la Comisión<sup>2</sup>, si tal asimilación está justificada. En otros términos, ¿debe figurar la amenaza de agresión en el proyecto de código como un crimen separado? Se puede dudar de ello. En efecto, ¿cómo condenar, cuando la amenaza no se ha materializado mediante un comienzo de ejecución? ¿Cómo distinguir la amenaza, punible, de los actos preparatorios, que en buena doctrina no lo son? Se puede incluso admitir la hipótesis de que la incriminación de la amenaza de agresión pueda favorecer, con las desagradables consecuencias que se puede imaginar, el recurso a la fuerza en ejercicio del derecho de legítima defensa. Por lo demás, ¿constituirían actos suficientemente graves para considerarlos crímenes contra la paz las maniobras de intimidación consistentes, según el artículo 16, «en declaraciones, comunicaciones [y] demostraciones de fuerza» que, por definición, no se traduzcan en un acto de agresión? Se puede dudar de ello. Habida cuenta de cuanto antecede, el Gobierno de Suiza concluye que no es conveniente ampliar el campo de aplicación del proyecto de código a la amenaza de agresión. En todo caso, tal disposición sería de difícil aplicación.

#### Artículo 17

12. La principal dificultad que plantea el artículo 17 consiste, sin duda, en la definición de la intervención. A ese respecto, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>3</sup> representa una útil contribución. Como ha precisado la Comisión en su comentario<sup>4</sup>, la intervención debe entrañar un elemento de coerción, es decir atentar contra el libre ejercicio de su soberanía por el Estado que sea víctima de ella. Pero la in-

<sup>2</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión, párrs. 66 a 74.*

<sup>3</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

<sup>4</sup> El artículo 17 fue aprobado inicialmente como artículo 14. Para el comentario, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), págs. 74 y 75.

crimination debería limitarse a las formas de injerencia más graves. Prácticamente, sólo la coerción que entrañe el empleo de la fuerza armada parece tener el grado de gravedad necesario para constituir un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

#### Artículo 18

13. En esta disposición se condenan la dominación colonial y las demás formas de dominación extranjera cuando se impongan por la fuerza. ¿Debe considerarse también dominación extranjera el «neocolonialismo», como parecen pensar ciertos miembros de la Comisión? Es dudoso. Por reprehensible que sea en el plano político, el «neocolonialismo» no es un concepto jurídicamente establecido. Por lo demás, conviene señalar que el «neocolonialismo», aunque pueda ser constatado objetivamente, no se impone necesariamente por la fuerza en el marco de un plan o de una alianza. Resulta a menudo de las disparidades económicas entre los países y, en realidad, será muy difícil probarlo. Por tanto, cabe preguntarse si no convendría eliminar toda referencia al «neocolonialismo» en el comentario relativo al artículo 18<sup>5</sup>.

#### Artículo 22

14. El derecho humanitario internacional conoce hoy dos categorías de infracciones: «las infracciones graves» (enumeradas expresamente en los artículos 50, 51, 130 y 147 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 85 del Protocolo adicional I, que remite igualmente al artículo 11 del mismo Protocolo), denominadas también crímenes de guerra, por una parte, y todas las demás violaciones del derecho humanitario internacional, por la otra.

15. La Comisión, fiel al criterio según el cual el código no debería incluir más que actos de suma gravedad, se propone introducir una tercera categoría: la de los «crímenes de guerra excepcionalmente graves», que englobaría pues las «infracciones graves» particularmente graves. Hay que ser conscientes, por ello, de que ese artículo 22, una vez que entrara en vigor el código, podría tener como efecto que a los crímenes de guerra que no figuraran en la lista de esa disposición se les aplicara sólo una pena relativamente ligera.

16. Por lo demás, resulta difícil comprender las razones por las que la Comisión ha incluido, entre los «crímenes de guerra excepcionalmente graves», «la destrucción en gran escala de bienes de carácter civil» (párr. 2, e) y no los ataques contra la población civil o las zonas desmilitarizadas, así como el uso péfido del emblema protector de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

17. Convendría, por tanto, que la Comisión volviera a examinar las consecuencias que esa disposición podría tener en el derecho internacional humanitario antes de aprobarla en segunda lectura.

#### Artículo 23

18. En el comentario al artículo 23<sup>6</sup>, la Comisión recuerda que, a tenor del artículo 47 del Protocolo adicional I, de 1977, a los Convenios de Ginebra, los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatientes o de prisioneros de guerra. Se imponen dos precisiones, que podrían incluirse en el comentario. La disposición mencionada permite a una parte en el Protocolo rehusar ese estatuto a un mercenario; no la obliga a ello. Además, el mercenario desprovisto del estatuto de combatiente y de prisionero de guerra se beneficia, como todo civil que sea objeto de una sospecha legítima de realizar una actividad perjudicial para la seguridad del Estado, del párrafo 3 del artículo 5 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, que le asegura, en particular en caso de enjuiciamiento, el derecho a un proceso equitativo y regular. Se beneficia igualmente de las garantías fundamentales previstas en el artículo 75 del Protocolo adicional I.

#### Artículo 24

19. Parece que los elementos constitutivos del crimen de terrorismo internacional podrían, según las circunstancias, no ser claramente diferenciables de los de la intervención, definida como el hecho de intervenir en los asuntos internos o externos de un Estado mediante el fomento de actividades subversivas o terroristas. La financiación o la instrucción de bandas armadas por agentes de un Estado con objeto de crear un estado de terror en el ánimo de la población y de favorecer así la caída del gobierno de otro Estado, ¿quedan incluidas en ambas disposiciones?

#### Artículo 25

20. Se plantea aquí la cuestión de saber si está justificada la inserción en el código de una disposición relativa al tráfico internacional de estupefacientes. Después de todo, se puede considerar ese tráfico como un delito de derecho común, cuyo móvil sería esencialmente el provecho personal. Sin embargo, esa apreciación desconoce una evolución que hace surgir vínculos cada vez más estrechos entre el tráfico internacional de estupefacientes y el terrorismo local o el terrorismo internacional. No faltan buenas razones para hablar, como se hace comúnmente, de narcoterrorismo. Además de sus efectos nefastos en la salud y el bienestar, el tráfico internacional de estupefacientes tiene un efecto desestabilizador en ciertos países y constituye, por tanto, un obstáculo a unas relaciones internacionales armoniosas. En ese sentido, el tráfico internacional de estupefacientes aparece como un crimen a la vez contra la paz y contra la seguridad de la humanidad. Por ello, es justo, como hace la Comisión, insertar en el proyecto de código una disposición que tipifique ese tráfico, ya sea efectuado por agentes del Estado o por simples particulares.

<sup>5</sup> El artículo 18 fue aprobado inicialmente como artículo 15. Para el comentario, *ibíd.*, pág. 75.

<sup>6</sup> El artículo 23 fue aprobado inicialmente como artículo 18. Para el comentario, véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), págs. 30 a 32.