

**EL INDIVIDUO COMO DESTINATARIO DE LAS NORMAS PENALES
INTERNACIONALES**

Rosario Huesa Vinaixa *

* Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de las Islas Baleares, España.

Introducción

El 2 de Agosto de 2001, el Tribunal internacional para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia ha declarado al general Radislav Krstic culpable de genocidio; de persecución para el asesinato, de infligir tratamientos crueles e inhumanos y de causar el terror entre la población civil; de saqueo y destrucción de los bienes personales de los civiles bosnio-musulmanes; y, finalmente, de asesinato en violación de las leyes y usos de la guerra. Sobre esa base ha sido condenado a cuarenta y seis años de prisión¹. Desde el punto de vista jurídico, el interés del hecho radica, de entrada, en que se trata de una sentencia impuesta por un *tribunal internacional*, y no nacional, y en aplicación del Derecho internacional a un *individuo*, y no a un Estado, cuando habitualmente son éstos los destinatarios de las normas internacionales.

Pero éste no es un hecho aislado en el actual momento de la evolución del Derecho internacional. En este contexto hay que mencionar la creación de otros tribunales especiales (Ruanda, Sierra Leona), la creación de un Tribunal penal internacional y, también, el nuevo impulso dado a la lucha contra la impunidad por algunos procesamientos efectuados por tribunales internos en invocación, más o menos directa, de normas y principios de Derecho internacional. Estos y otros hechos de actualidad revelan la importancia que en el actual desarrollo del Derecho internacional está adquiriendo este sector, vinculado al reforzamiento de la protección jurídica de los derechos humanos. En efecto, en el acto de constitución del Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Sr. Boutros Boutros-Ghali, manifestó que el tribunal constituye “una de las respuestas de la nueva diplomacia de la democracia y los derechos humanos, cuya eficacia es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo (...). La comunidad internacional, a través de la ONU, ha confirmado su doble determinación de no tolerar los asesinatos masivos o la limpieza étnica ni la violación sistemática de mujeres, y de obligar a los responsables de estas acciones a rendir cuentas ante un Tribunal de las naciones”².

Antes de proseguir con el contenido de mi exposición, me parece conveniente efectuar algunas consideraciones previas, de carácter terminológico y conceptual, pero también de orden teórico.

a) En primer lugar, nos referimos al individuo en tanto que destinatario de *las normas penales internacionales*. La expresión presupone, en efecto, la existencia de un “Derecho penal internacional”. Es cierto que en ocasiones se utiliza indistintamente, para designarlo, la expresión “Derecho internacional penal”. Creo que no se da una tal identidad semántica. En mi opinión, el Derecho penal internacional tiene por objeto la definición de la responsabilidad penal internacional del individuo, mediante la incriminación y tipificación de conductas individuales que

¹ <http://www.un.org/icty/krstic/TrialC1/judgment/krs-tj010802e-4.htm#IV>.

² *El País*, jueves 18 de Noviembre de 1993, p. 4.

atentan gravemente contra intereses de la comunidad internacional, y el establecimiento de las consecuencias jurídicas que se derivan para el autor de su comisión³. En cambio, el Derecho internacional penal establece los derechos y obligaciones que se derivan, para los Estados, de la existencia de una incriminación internacional de conductas y de una responsabilidad penal internacional del individuo⁴.

b) Y es que la identificación y reconocimiento de la responsabilidad del individuo como una *responsabilidad autónoma y separada de la del Estado* es esencial desde el punto de vista del tema que nos ocupa. Esa separación, esa distinción constituye un fenómeno relativamente nuevo que está todavía consolidándose. Durante largo tiempo, la doctrina del acto de Estado impedía la exigencia de responsabilidad internacional al individuo. Por otro lado, la responsabilidad “criminal” de los Estados es cuestión polémica y debatida. Como señala J. BARBOZA, “[t]he interplay of those two notions –acts of the State plus no criminal responsibility of the State- resulted in a real calamity: (...) impunity for everybody”⁵; en definitiva, la impunidad más absoluta. Pero el Tribunal de Nuremberg se refirió a la cuestión en los siguientes términos: “It was submitted that international law is concerned with the actions of sovereign states, and provides no punishment for individuals: and further, that where the act in question is an act of State, those who carry it out are not personally responsible, but are protected by the doctrine of the sovereignty of the State. In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected. That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognised”⁶.

c) La vigencia de la norma penal internacional (y la existencia de una responsabilidad penal internacional del individuo) exige y presupone algunas premisas de carácter político y jurídico. En primer lugar, la existencia de una comunidad internacional, capaz de definir intereses colectivos y con el designio de tutelarlos penalmente. La idea de atribuir una sanción a la realización de ciertas conductas tiene en ella misma un valor social simbólico en cuanto a la existencia e importancia de los bienes o intereses colectivos que se intenta proteger. En segundo lugar, la existencia de un poder político internacional legitimado para

³ V. las consideraciones de BARBOZA, J: “International Criminal Law”. *RCADI*, 1999, t. 278, pp. 24 – 28; y de BASSIOUNI, C.: “The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework”, in *IDEM* (ed.): *International Criminal Law*, 2ª ed., vol. I, New York, 1998 (“International Criminal Law is a relatively new discipline that consists of the penal and procedural aspects of international law and the international procedural aspects of national criminal law”. *Ibid.*, p. 8).

⁴ No existe unanimidad absoluta, entre quienes acogen la distinción, por lo que hace al contenido y alcance de ambas expresiones. Debo decir, en cualquier caso, que las acepciones aquí propuestas no coinciden con las mayoritariamente admitidas (V., por ej., CARACCILO, I.: *Dal Diritto penale internazionale al Diritto internazionale penale*. Ed. Scientifica, Napoli, 2000, espm. pp. 46 ss.).

⁵ BARBOZA, *loc. cit.*, pp. 73-74.

⁶ Nuremberg Judgment, p. 52; *cit. in* Barboza, *loc. cit.*, p. 75.

adoptar e imponer normas penales, para ejercer lo que se llama el *ius puniendi* en nombre de esa comunidad internacional. En el ámbito internacional, a falta de un poder centralizado, ese poder reside, como en el ámbito interno, en los Estados, considerados ahora colectivamente. En tercer lugar, la adecuación del concreto sistema normativo para la creación directa de obligaciones para los individuos. Es indudable que el Derecho internacional ha experimentado una importante evolución en ese sentido, muy especialmente en el ámbito de la protección de los derechos humanos. Los individuos son en la actualidad destinatarios directos de algunas normas internacionales, en concreto las que les reconocen derechos fundamentales y las que les prohíben la comisión de algunos atentados graves contra los mismos. Pero es innegable que, aún dándose estas tres condiciones, de manera básica, en el orden internacional, las tres están ampliamente condicionadas, como no podría ser de otra manera, por la predominancia de la estructura interestatal y la hegemonía de las grandes potencias.

En los apartados que siguen se analizan algunos aspectos evolutivos y técnicos de la atribución, por el Derecho internacional, de consecuencias penales directas para ciertas conductas llevadas a cabo por individuos.

I. Emergencia y codificación de normas internacionales de contenido penal

A) La responsabilidad penal internacional del individuo hasta la formulación de los “principios de Nuremberg”

La prohibición internacional de ciertos comportamientos individuales por razones de humanidad comienza a abrirse paso a lo largo del siglo XIX, especialmente en el ámbito del *ius in bello*. En algunos de los Convenios adoptados en la primera Conferencia de paz de La Haya de 1899 queda ya patente el consenso respecto de una vinculación directa de los beligerantes por las normas del Derecho internacional. Es ilustrativo a este respecto el Convenio II, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, y su anexo (el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre), en cuyo preámbulo se lee:

“En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, *los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes*, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”⁷.

El párrafo se reproduce en idénticos términos en el preámbulo del Convenio (IV) relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y Reglamento anexo,

⁷ De la versión publicada en ORIHUELA CALATAYUD, E. (ed.): *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos*. McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 78. (Cursiva mía).

adoptado en la segunda Conferencia de paz de La Haya de 1907⁸.

Aunque en los Convenios de La Haya no se incluyen cláusulas penales, sí se encuentran en algunos Convenios conexos. En su virtud, los Estados se comprometen a la sanción penal de los autores de ciertas conductas contrarias a las leyes y usos de la guerra. Así, el Convenio de Ginebra de 6 de Julio de 1906 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña (adoptado con el fin de “perfeccionar y completar” el Convenio de Ginebra de 1864 del mismo nombre) incluye en su artículo 28 la siguiente disposición:

“Los Gobiernos signatarios se comprometen igualmente a adoptar o a proponer a sus Poderes legislativos, en caso de insuficiencia de sus leyes penales militares, las medidas necesarias para reprimir, en tiempo de guerra, los actos individuales de pillaje y los malos tratos realizados en las personas de los heridos y enfermos de los ejércitos, [...]”⁹.

La conexión con el llamado “Derecho de La Haya” queda patente en las remisiones que éste efectúa expresamente a los Convenios de Ginebra cuando se refiere al trato a los enfermos y heridos¹⁰.

Habría que llegar, sin embargo, al final de la segunda guerra mundial para encontrar el primer supuesto de enjuiciamiento internacional de personas consideradas culpables de infringir las leyes y usos de la guerra hasta entonces vigentes. El Acuerdo de Londres de 8 de Agosto de 1945, celebrado entre las potencias aliadas (Reino Unido, Estados Unidos, Unión Soviética y Francia) “para el procesamiento y castigo de los principales criminales de guerra del eje” llevaba anexo el Estatuto por el que se creaba el Tribunal de Nuremberg. Dicho Tribunal tenía competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de:

- crímenes contra la paz (planeamiento o inicio de una guerra de agresión);
- crímenes contra la humanidad (exterminio, deportación, genocidio, ...);
- crímenes de guerra (violación de las leyes de guerra); y
- conspiración para cometer los crímenes arriba indicados¹¹.

La creación del Tribunal parte de la evidencia de la incriminación internacional de la agresión, de ciertas conductas antihumanitarias llevadas a cabo con ocasión de un conflicto bélico y de la violación de las leyes y usos de la guerra. El 11 de Diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó en su Resolución 95-I “los principios de Derecho internacional reconocidos por el

⁸ V. *ibidem*, pp. 104 y 105.

⁹ *Ibidem*, p. 100.

¹⁰ Así, el art. 21 del mencionado Convenio de La Haya de 1907 establece: “Las obligaciones de los beligerantes referentes al servicio de los enfermos y heridos se rigen por el Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864, salvo las modificaciones de que dicho Convenio pueda ser objeto” (*Ibidem*, p. 108).

¹¹ Art. 6 del Estatuto del Tribunal.

Estatuto de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal”. Por su parte, en 1950 la Comisión de Derecho Internacional adoptaba un texto que formulaba y sistematizaba dichos principios. El Principio I expresa por primera vez, con carácter genérico, la noción de la existencia de una incriminación internacional de conductas y de una responsabilidad penal de origen internacional:

“Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”¹².

El Principio VI enuncia, como delitos punibles en Derecho internacional,

- a) los delitos contra la paz;
- b) los delitos de guerra;
- c) los delitos contra la humanidad.

Los “Principios de Nuremberg” estaban, no obstante, llamados a desarrollarse. En la Resolución 95-I de la Asamblea General, ya mencionada, ésta “da instrucciones al Comité de codificación de Derecho internacional [...] para que trate como un asunto de importancia primordial los planes para la formulación, en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal”. Sin embargo, los derroteros que siguió el proceso de tipificación de los crímenes de Derecho internacional con posterioridad han sido mucho menos lineales.

B) La prevalencia de la tipificación fragmentaria hasta la década de los noventa

Sin perjuicio de que, como veremos, la Comisión de Derecho Internacional inició sin demora los trabajos encaminados a la elaboración de un “Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, dichos trabajos tropezaron pronto (como también más adelante veremos) con problemas de orden técnico y político que fueron dilatando la adopción definitiva del proyecto. Mientras tanto, sin embargo, algunas de las conductas incriminadas internacionalmente fueron objeto de Convenios internacionales que tenían la finalidad de establecer las obligaciones de los Estados en relación con dichas conductas y con los autores de las mismas.

El primer caso – y paradigmático - es el del *Convenio de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio*. La Asamblea General de las Naciones Unidas había adoptado ya, en 1946, la Declaración contra el genocidio¹³, en que se le declaraba “crimen contra el Derecho internacional, contrario al

¹² El Principio II corrobora la internacionalidad de la responsabilidad: “El hecho de que el Derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de Derecho internacional no exime de responsabilidad en Derecho internacional a quien lo haya cometido”.

¹³ Res. 96 (I), de 11 de Diciembre de 1946.

espíritu y propósitos de las Naciones Unidas y condenado por el mundo civilizado” y se encargaba al Consejo Económico y Social la redacción de un proyecto de Convenio para su prevención y castigo.

Ya de entrada, el artículo 1 del Convenio contiene la confirmación de que “el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, *es un delito de Derecho internacional* que [las Partes] se comprometen a prevenir y sancionar”¹⁴.

El artículo 2 define (tipifica) las conductas que han de ser consideradas como genocidio, mientras que el artículo 4 establece que las personas que las hayan cometido “*serán castigadas*, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”.

Finalmente, el artículo 6 prescribe el enjuiciamiento de dichas personas “por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente [...]”.

A partir de este hito importante en el desarrollo del Derecho penal internacional, cabe identificar dos ámbitos sobre los que se proyecta la incriminación y tipificación internacionales. Por un lado, el de la protección de los derechos humanos fundamentales, en la estela de la Declaración universal de los derechos humanos, adoptada por la Asamblea General el 10 de Diciembre de 1948 (precisamente un día después que el Convenio contra el genocidio). Por otro lado, el del llamado Derecho humanitario bélico.

a) Con técnica dispar, van siendo “criminalizadas” convencionalmente conductas contrarias a determinados derechos humanos. Por mencionar algunos ejemplos conspicuos, en los siguientes Convenios se contiene la tipificación de ciertos comportamientos que vulneran los derechos fundamentales que aquéllos tienden a proteger: el Convenio de 1949 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena¹⁵; el Convenio de 1965 para la eliminación de todas las formas de discriminación racial¹⁶; el Convenio contra la toma de rehenes de 1979¹⁷; y el Convenio de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁸. Pero dichos comportamientos no reciben el tratamiento de *crímenes de Derecho internacional* en sentido estricto, o al menos no son calificados como tales. Sólo el Convenio de 1973 sobre la

¹⁴ Cursivas mías.

¹⁵ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de Diciembre de 1949 (Res. 317 (IV)).

¹⁶ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de Diciembre de 1965 (Res. 2106 A (XX)).

¹⁷ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de Diciembre de 1979 (Res. 34/146)

¹⁸ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1984 (Res. 39/461).

eliminación y sanción del crimen de *apartheid*¹⁹, que se aproxima más al modelo del Convenio contra el genocidio, califica aquella conducta como “crimen de lesa humanidad”, y la conductas que comporta, como “crímenes que violan los principios del Derecho internacional” (art. 1).

b) Por su parte, los Convenios de Ginebra de 1949²⁰ representan la actualización post-bélica del llamado “Derecho de Ginebra”. Los Convenios enumeran, a los efectos de su tipificación como punibles, las infracciones de sus disposiciones consideradas de especial gravedad. Así, el primero de ellos, el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, tras establecer en su artículo 49 la obligación de las partes de adoptar las medidas pertinentes en orden a la sanción de las infracciones graves al mismo, remite a su definición en el artículo 50, cuyo contenido es el siguiente:

“Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes, si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o a la salud, la destrucción o apropiación de bienes, no justificada por razones militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria”²¹.

Así, mediante una aproximación selectiva, inconexa y con diferente técnica, distintos Convenios internacionales han ido definiendo conductas a los efectos de su sanción penal por los Estados partes.

C) La codificación de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas presentó ya en 1954, según las instrucciones de la Asamblea General a las que ya nos hemos referido, un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Código que, sin embargo, nunca llegó a ver la luz. La Asamblea General decidió aplazar su examen por considerar cualquier decisión sobre su contenido demasiado vinculada a la definición del concepto de agresión, definición que no se consiguió hasta 1974, es decir, veinte años después²². Para entonces,

¹⁹ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1973 (Res. 3068 (XXVIII)).

²⁰ Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio relativo al trato a los prisioneros de guerra y Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

²¹ V. También los arts. 50 y 51 del Convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; los arts. 129 y 130 del Convenio relativo al trato a los prisioneros de guerra; y los arts. 146 y 147 del Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

²² Res. 3314 (XXIV) de la Asamblea General de las N.U. “Definición de la agresión”.

sobre el proyecto de Código de la C.D.I. planeaba ya el riesgo de la desactualización, razón por la cual la Asamblea General decidió en 1981 dirigir un nuevo mandato a la Comisión en el sentido de que reanudara su labor procediendo a la revisión de su trabajo “teniendo debidamente en cuenta los resultados logrados en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional”²³.

En 1991, la Comisión aprobó en primera lectura un nuevo proyecto de Código cuya Parte II estaba dedicada propiamente a la tipificación de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la determinación de las penas correspondientes. Hay que señalar, como dato significativo, la opción expansiva adoptada por la Comisión respecto del propio concepto de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Ello le permitió la descripción de doce tipos penales, entre los que, junto a los crímenes internacionales que podrían considerarse clásicos, como los crímenes de guerra o el genocidio, se encontraban otros, como el terrorismo internacional, el tráfico de drogas o los daños intencionados al medio ambiente. Sin embargo, la segunda lectura, iniciada en 1994 a la luz de las observaciones de los gobiernos, cercenó en buena medida el ambicioso proyecto inicial. A propuesta del relator especial, la Comisión decidió seleccionar, por razones de prioridad, los crímenes de agresión y de genocidio, las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y los crímenes de guerra excepcionalmente graves, así como renunciar al establecimiento de penas en el propio Código. Finalmente, el proyecto definitivo se adoptó en 1996 con la definición de cinco tipos: el crimen de agresión (art. 16), el crimen de genocidio (art. 17), los crímenes contra la humanidad (art. 18), los crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado (art. 19) y los crímenes de guerra (art. 20).

En términos generales, cabe decir que la Comisión pretendía elaborar un verdadero proyecto de Código penal internacional en el que se estableciera la responsabilidad penal para aquellas conductas que lesionan bienes protegidos por el Derecho internacional (intereses de la comunidad internacional en su conjunto). Pero el resultado final tiene un alcance más limitado. De las observaciones de los gobiernos se desprendía su resistencia a apoyar un proyecto de contenido maximalista. Según los gobiernos, no todos los crímenes que inicialmente proponía la Comisión tenían la misma consideración. La rebaja de planteamientos facilitó la adopción de un proyecto con mejores perspectivas de apoyo²⁴.

²³ Res. 36/106 de la Asamblea General, de 10 de Diciembre de 1981.

²⁴ La Comisión adoptó el proyecto con la siguiente observación: “With a view to reaching consensus, the Commission has considerably reduced the scope of the Code [...]. Some members have expressed their regrets at the reduced scope of the coverage of the Code. The Commission acted in response to the interest of adoption of the Code and of obtaining support by Governments. It is understood that the inclusion of certain crimes in the Code does not affect the status of other crimes under international law, and that the adoption of the Code does not in any way preclude the further development of this important area of law” (*I.L.C. Report*, 1996, § 46. Puede verse en www.un.org/law/ilc/reports/1996).

Esta breve panorámica nos ha proporcionado una primera aproximación a la progresiva consolidación de la responsabilidad penal individual en el Derecho internacional y a sus limitaciones. Veamos a continuación con mayor detenimiento algunos de los aspectos de esa responsabilidad.

II.- La incriminación de comportamientos individuales por la norma internacional

En el apartado anterior hemos podido observar cómo no todas las conductas que han sido objeto de atención, bien convencional o con fines de codificación, a los efectos de la responsabilidad penal del individuo, han sido objeto de la misma calificación o del mismo tratamiento técnico. A grandes rasgos, parece evidente que, con ser todas ellas condenables, no merece la misma consideración el genocidio que el tráfico de estupefacientes o el entrenamiento de mercenarios. La diferencia radica en su catalogación, o no, como crímenes de Derecho internacional en sentido propio (A). Dicha incriminación puede tener como consecuencia la tipificación penal internacional de los comportamientos de que se trate (B). Y se trata de una incriminación emanada directamente del Derecho internacional (C).

A) La noción de “crimen de Derecho internacional”

Como se recordará, los principios de Nuremberg recogían y plasmaban la idea de la existencia de conductas punibles según el Derecho internacional. La formulación del Principio VI es clara al respecto:

“Los delitos enunciados a continuación son punibles, como delitos, en Derecho internacional: [...]”.

Por su parte, el Convenio contra el genocidio afirma, en su artículo 1, que “el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho internacional [...]”.

De esta manera, el Convenio contribuye a consolidar la idea de la existencia de los llamados *delicta iuris gentium*, de los que el genocidio pasa a convertirse en el ejemplo paradigmático.

Asimismo, el artículo 1, apartado 2, del proyecto de Código de la C.D.I. establece que: “[l]os crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de Derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el Derecho nacional”.

Este último inciso, además, hace referencia al elemento esencial diferencial: la autonomía respecto del Derecho de los Estados²⁵.

²⁵ Vid. *infra*, el apartado C).

Hay otros supuestos, en cambio, en los que no se hace mención de esta consideración. Es el caso del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970²⁶, o de la tortura en el Convenio antes citado de 1984, por poner dos ejemplos dispares. En el ámbito de la *Organización de Estados Americanos* es destacable la adopción de numerosos Convenios de ámbito regional encaminados a la represión penal de conductas contrarias a intereses internacionales. En algunos de ellos no se encuentra referencia alguna al alcance de la incriminación. Así, en la *Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura*, pese a la afirmación de que “todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana” y una negación de los principios consagrados en la Carta de la OEA, en la de las Naciones Unidas y en la Declaración universal de los derechos humanos, no se incluye calificación alguna como crimen de Derecho internacional. Lo mismo ocurre en la *Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores* (México, 18 de Marzo de 1994), o en la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (Convención de Belém do Pará, de 9 de Julio de 1994).

Siguiendo en el ámbito americano, en otros supuestos sí se alude a la proyección internacional de las conductas que se tiende a reprimir, pero sin que ello signifique su consideración como crímenes de Derecho internacional. Así, en la *Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional* (Washington, 2 de Febrero de 1971) se establece que “se consideran delitos comunes con trascendencia internacional cualquiera que sea su móvil, el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al Derecho internacional, así como la extorsión conexa con estos delitos” (artículo 2). Por su parte, la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* (Belém do Pará, 9 de Junio de 1994) afirma que “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad” (párrafo sexto del preámbulo)²⁷.

En todos estos Convenios, los Estados se obligan a incorporar en sus legislaciones los elementos adecuados para la sanción penal de dichas conductas y, en uno y otro caso (es decir, se haga o no mención de su “alcance internacional”), es difícil sacar conclusiones definitivas acerca de la incriminación internacional de las conductas que contemplan. No obstante, quizá sea aquí pertinente una observación sobre la calificación de una conducta como “crimen de lesa humanidad” o “crimen contra la humanidad” (como es el caso en la mencionada Convención sobre la desaparición forzada de personas). Hemos visto que los Principios de Nuremberg incluyen esta categoría entre los crímenes de

²⁶ Convenio de La Haya, de 16 de Diciembre de 1970.

²⁷ Puede verse el texto de todas las Convenciones en: www.oas.org/jurídico/spanish/tratados.

Derecho internacional. También el proyecto de Código de la C.D.I. la incluye entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Ciertamente, entre ambos hitos se ha producido un desarrollo, una ampliación del concepto, anteriormente vinculado a una situación de conflicto bélico y hoy liberado de ese vínculo. Pero no parece haber lugar a dudas de que, cuando un instrumento internacional califica una determinada conducta como “crimen de lesa humanidad” es porque se la considera como crimen de Derecho internacional.

La noción de “crimen de Derecho internacional” parece estar, pues, vinculada a la existencia de una conducta gravemente lesiva de bienes de interés esencial para la comunidad internacional y protegidos por el Derecho internacional. La expresión “paz y seguridad de la humanidad” designa el compendio de los intereses esenciales de la comunidad internacional protegidos jurídicamente mediante la incriminación internacional; el elemento de la gravedad, masividad o sistematicidad de la conducta forma parte del concepto de “crimen de Derecho internacional”.

B) La tipificación de los crímenes internacionales

Conviene distinguir el concepto de incriminación del de tipificación, pues no son sinónimos. La incriminación significa, como acabamos de ver, la calificación de una conducta como altamente reprochable y, por ello, punible. La tipificación significa la definición de las conductas a los efectos de la asignación de una sanción penal. Quizá pueda contraponerse el cariz más valorativo de la primera, frente al más técnico de la segunda. En condiciones normales, la tipificación penal es la consecuencia lógica de la incriminación, a la que complementa. Desde el punto de vista del individuo como destinatario de las norma, la incriminación atiende al origen de su responsabilidad penal, y está estrechamente vinculada a la existencia de la prohibición directa de ciertas conductas. La tipificación atiende a la determinación del contenido de la responsabilidad, que es de carácter penal, y está vinculada a la tarea de las jurisdicciones competentes para hacerla efectiva.

La tipificación es el elemento clave, en los órdenes internos, del principio de legalidad: “*nullum crimen, nulla pœna sine lege*”. La inexistencia de un poder legislativo centralizado y, consiguientemente, el diferente sistema de fuentes propio del Derecho internacional han sido señalados como incompatibles con los imperativos de dicho principio, como ejemplo, las reservas manifestadas en relación con los juicios de Nuremberg. Sin embargo, desde posiciones decididamente iusnaturalistas el inconveniente es perfectamente superable. Decía el profesor MIAJA DE LA MUELA que “la [garantía] contenida en el doble aforismo *nullum crimen, nulla pœna sine lege*, ha sido infringida por las potencias que aplicaron una ley penal, el Estatuto de Londres de 8 de Agosto de 1945, a hechos cometidos con anterioridad a este precepto sancionador. La inconsecuencia entraña contradicción insalvable para el jurista que se coloque en un terreno estrictamente positivista [...]. *Nullum crimen, nulla pœna sine lege* son máximas jurídicas cuya vigencia supone un cierto grado de desarrollo de la jurisdicción punitiva y de las normas jurídicas que la regulan. La justicia penal,

como hecho y en cuanto expresión del *ius puniendi* de una comunidad, es anterior a estos principios”²⁸.

Indudablemente, el proceso, ya aludido, de tipificación convencional tiende a reforzar la certeza de la tipificación internacional, mediante la definición de las conductas sometidas a sanción y la afirmación de la obligación de los Estados de sancionarla penalmente. A esos efectos, los Convenios obligan a los Estados partes a incorporar el tipo internacional a sus órdenes penales internos. Sin embargo, a medida que la tipificación convencional avanza, el problema se plantea, por contraste, respecto de la tipificación no convencional, o parcialmente convencional, de ciertas conductas incriminadas internacionalmente. La claridad del tipo convencional produce, en ocasiones, el efecto de desdibujar y dejar en la penumbra el ámbito no convencional²⁹. De este modo, la inexistencia de tipificación convencional es traducida por inexistencia de tipificación internacional (cuando no, incluso, de incriminación). Podríamos así hablar de un efecto si no perverso, sí paradójico, del instrumento convencional sobre el alcance material y espacial de la tipificación internacional: la versión convencional difumina la tipificación general hasta el punto de servir, en manos de los Estados, para negarla³⁰.

La posibilidad de trascender las limitaciones derivadas del ámbito de aplicación de los Convenios parece, en cambio, más aceptable cuando se trata de los Tribunales internacionales. Aparte de los precedentes históricos de Nuremberg y de Tokio, en la actualidad los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como el Tribunal penal internacional, tienen competencia para juzgar a los presuntos responsables de “violaciones graves del Derecho internacional humanitario” y los “crímenes más graves de trascendencia internacional”, con independencia de los Convenios suscritos por los Estados. En cuanto al Estatuto del primero, el Secretario General de las Naciones Unidas afirmó que “la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal internacional aplique reglas del Derecho internacional humanitario que formen parte integrante, sin ninguna duda posible, del Derecho consuetudinario”³¹. Reglas tipificadoras, hay que entender.

²⁸ MIAJA DE LA MUELA, A.: “El genocidio, delito internacional”. *REDI*, vol. IV, nº 2, 1951, pp. 364-365.

²⁹ V. sin embargo, respecto de la tipificación del genocidio, el pronunciamiento de la Corte internacional de justicia en su Dictamen de 1951 sobre las reservas al Convenio para la prevención y sanción del crimen de genocidio, *infra*, apdo. D) b), y nota 39.

³⁰ Vid. al respecto HUESA VINAIXA, R.: “Incrimination universal y tipificación convencional (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)”, en Quel López, F. J. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Esc. Diplomática, AEPDIRI, BOE, Madrid, 2000, pp.107 – 116.

³¹ N. U., Doc. S/25704, de 3 de Mayo de 1993, § 34. Para el Secretario General (Boutros Ghali), el Derecho internacional humanitario está vigente en la forma de Derecho convencional y de Derecho consuetudinario. En tanto que hay normas de Derecho consuetudinario no plasmadas en convenios, algunas de las principales normas de Derecho humanitario convencional han llegado a formar parte del Derecho internacional

Contra las posibles resistencias a la tipificación consuetudinaria juega, además, el tenor literal del artículo 15 – 2. del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966, al establecer que el principio de legalidad³² no se opone: “al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

C) El carácter inmediato de la incriminación

Uno de los aspectos que ya se ha puesto de relieve en relación con los crímenes de Derecho internacional es el del carácter directo e inmediato de la incriminación. La conducta es incriminada directamente por la norma internacional, y la responsabilidad –internacional- que se deriva recae directamente sobre el individuo. Se trata, aquí, de recalcar esa autonomía, de la que antes hablábamos, respecto de la incriminación y tipificación por los ordenamientos internos. Como dice el Principio II de Nuremberg, “[e]l hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”.

Recuérdese, también, el artículo 1, apartado 2., del proyecto de Código de la C.D.I.³³.

Ese carácter inmediato y directo de la incriminación tiene otras consecuencias, además de la irrelevancia de los tipos penales vigentes en los Estados. También son irrelevantes la nacionalidad del autor del comportamiento incriminado, el lugar de su comisión, y la nacionalidad de las víctimas.

D) Las conductas incriminadas por el Derecho internacional contemporáneo

En la actualidad, diversos elementos de la práctica internacional y de la doctrina permiten afirmar la existencia de, al menos, cuatro tipos de crímenes de Derecho internacional: la agresión, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Como se ve, la conexión con los crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal de Nuremberg por su Estatuto es evidente, así como con el enunciado contenido en el Principio VI de los “Principios de Nuremberg” adoptados por la Asamblea General. La identificación del genocidio como figura autónoma se debe, sin duda, a la consolidación de su tratamiento particularizado a raíz del Convenio de 1948. Por lo demás, los instrumentos más recientes avalan la

consuetudinario (*ibidem*, § 33).

³² Principio que viene definido en el aptdo. 1. del mencionado artículo de la siguiente manera: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

³³ *Vid. supra*, aptdo. II A).

identificación de estas cuatro categorías, entre ellos el mencionado proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad contra la humanidad³⁴ y el Estatuto del Tribunal penal internacional, adoptado en Roma el 18 de Julio de 1998³⁵.

a) Como se recordará, la problemática definición de la *agresión* ha sido, históricamente, uno de los escollos en la evolución de los trabajos de la C.D.I. encaminados a la adopción del Código. Dicha problemática pervive hoy pese a la adopción de la ya mencionada Resolución 3314 (XXIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. De hecho, a pesar de que el Estatuto de Roma atribuye al nuevo Tribunal penal internacional competencia sobre ese crimen, el efectivo ejercicio de la misma queda supeditado a la adopción de una definición del mismo por la Asamblea de los Estados partes³⁶. No obstante, en su proyecto de Código la Comisión de Derecho internacional, sin definir la agresión, tipifica la conducta en los siguientes términos:

“El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión”³⁷.

A pesar de que, como dice la Comisión, “el artículo no trata de la definición de la agresión, que queda fuera del ámbito del presente Código”, sí que afirma que “esa violación del Derecho por un Estado es una condición *sine qua non* de la posible imputación de responsabilidad a una persona por un crimen de agresión”, y que “la acción del Estado sólo entraña responsabilidad individual por el crimen de agresión si el comportamiento del Estado constituye una violación suficientemente grave de la prohibición enunciada en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas”³⁸.

³⁴ Recuérdese que define como tales el crimen de agresión, el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, y los crímenes de guerra (Parte II).

³⁵ El Estatuto atribuye a la jurisdicción del Tribunal los siguientes crímenes: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (art. 5 – 1. del Estatuto). Sin duda son relevantes también los Estatutos de los Tribunales especiales. El Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia le otorga competencia sobre las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 2), la violación de las leyes o usos de la guerra (art. 3), el genocidio (art. 4) y los crímenes de lesa humanidad (art. 5) (V. Res. 827 (1993), de 25 de Mayo, del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas). Por su parte, el Estatuto del Tribunal para Ruanda le atribuye competencia sobre el genocidio (art. 2), sobre los crímenes de lesa humanidad (art. 3), y sobre las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II de los Convenios (art. 4) (V. Res. 955 (1994), de 8 de Noviembre, del Consejo de seguridad de las N. U.).

³⁶ V. art. 5 – 2. del Estatuto.

³⁷ Art. 16 del proyecto de Código.

³⁸ V. Comentario al artículo 16, pfos. 1), 4) y 5), en *Informe de la C.D.I., cit.*

b) En cuanto al *genocidio*, el consenso generalizado respecto de la vigencia universal del tipo contenido en el artículo 2 del Convenio de 1948 fue ya puesto de relieve por la Corte internacional de justicia en su dictamen de 1951: “Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme “un crime de droit des gens” [...]. Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire “pour libérer l’humanité un fléau aussi odieux” [...]”³⁹.

La existencia de dicho consenso se refleja también en el hecho de que tanto el proyecto de Código de la C.D.I. (artículo 17) como el Estatuto del T.P.I. (artículo 6) reproducen la definición establecida en el Convenio, al igual que los Estatutos de los Tribunales especiales. Dicha definición es la siguiente: “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan da acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de los niños del grupo a otro grupo”.

c) La noción de *crímenes contra la humanidad* actualmente vigente se diferencia de la recogida en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg fundamentalmente por dos aspectos. Primero, por el desgajamiento de las conductas constitutivas de lo que hoy se conoce como genocidio, que como hemos visto, constituye una categoría autónoma. En segundo lugar, por la desvinculación, ya señalada también, de esas conductas respecto del desarrollo de un conflicto bélico. Por lo demás, la noción sigue siendo amplia y plurifacética, abarcando diversidad de conductas que tienen como rasgo en común su gravedad y su masividad. Según el artículo 18 del proyecto de Código de la C.D.I., “[p]or crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Tortura;
- d) Sujeción a esclavitud;

³⁹ “Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide”. Avis consultatif du 28 mai 1951. *C.I.J. Recueil*, p. 23. (Cursivas mías).

- e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos;
- f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población;
- g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario;
- h) Encarcelamiento arbitrario;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual;
- k) Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves”.

d) Finalmente, el concepto de *crímenes de guerra* actualmente empleado en los instrumentos internacionales abarca tanto la violación de las leyes y usos de la guerra como la violación del Derecho humanitario aplicable en los conflictos armados⁴⁰, cuando son cometidas de manera sistemática o en gran escala. Tanto la definición del proyecto de Código de la C.D.I. (artículo 20) como la contenida en el Estatuto del T.P.I. (artículo 8) son largas y prolijas, conteniendo no sólo las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, sino también la descripción de otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados, tengan o no carácter internacional.

Estas cuatro categorías de conductas constituyen, sin ninguna duda, crímenes de Derecho internacional. Se trata, como se ha visto, de categorías amplias y suficientemente comprensivas, lo que no quiere decir que constituyan un elenco cerrado que impida la identificación de otros crímenes ni la consolidación de la incriminación internacional de otras conductas en la medida en que lo determine el desarrollo en la protección de los intereses esenciales de la comunidad internacional.

E) La responsabilidad penal *internacional* como corolario de la incriminación internacional

La consecuencia de la vigencia de normas internacionales que incriminan, de la manera que hemos visto, conductas individuales es la existencia de una responsabilidad penal individual propiamente internacional. Que la responsabilidad penal tenga carácter internacional quiere decir dos cosas:

- Primero, que es una responsabilidad hacia la comunidad internacional en su conjunto y exigible, por tanto, por todos los Estados o las instituciones internacionales legítimamente creadas por ellos al efecto.
- En segundo lugar, que es una responsabilidad regida, en su origen, contenido y exigibilidad, por el Derecho internacional.

⁴⁰ V. por ej. el comentario de la C.D.I. al art. 20 de su proyecto, en su pfo. 1), *ibidem*.

Así pues, trataremos a continuación la regulación internacional del surgimiento y determinación de la responsabilidad penal internacional del individuo (apartado III) y la regulación internacional de las condiciones para su exigibilidad (apartado IV).

III.- Surgimiento y determinación de la responsabilidad penal internacional

Nos ocupamos ahora brevemente del conjunto de reglas y principios internacionales que rigen el surgimiento o atribución de responsabilidad internacional al individuo autor de las conductas incriminadas. Estos principios y reglas se han ido desarrollando y consolidando al tiempo que lo hacía la propia incriminación internacional de conductas individuales.

A) La responsabilidad personal por conducta propia

Según el Principio I de los Principios de Nuremberg, “[t]oda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”.

El proyecto de Código de la C.D.I. recoge también el principio de la “responsabilidad individual” en su artículo 2 - 1: “Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual”.

Y en este mismo principio se basan también los Estatutos de los Tribunales penales internacionales⁴¹.

La afirmación de la responsabilidad personal tiene como primera consecuencia el impedir que el individuo que ha llevado a cabo la conducta incriminada pueda ampararse en la existencia de una organización, grupo o persona jurídica cuando dicha conducta responde a un designio colectivo más o menos organizado (*societas delinquere non potest*). Pero sustenta también los principios y reglas que señalamos a continuación.

B) Irrelevancia del cargo oficial

Se ha recordado ya cómo el Tribunal de Nuremberg afirmó que los autores de conductas constitutivas de crímenes internacionales no podían ampararse en la doctrina del acto de Estado⁴². Según el Principio III de los Principios de Nuremberg, “[e]l hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional”.

⁴¹ Art. 7 del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia; art. 6 del Estatuto del Tribunal para Ruanda; art. 25 del Estatuto del T.P.I.

⁴² *Vid. supra*, Introducción, aptdo. b).

En la actualidad, el proceso paralelo de codificación de las normas relativas a la responsabilidad de los individuos por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y de las normas que regulan la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos en el seno de la C.D.I. ha hecho que se plantee la cuestión de la confluencia o solapamiento de responsabilidades. Pero, como expresa el artículo 58 del proyecto adoptado por la Comisión el 26 de Julio del 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, [l]os presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado”.

Ello equivale a admitir la posibilidad de responsabilidad simultánea del individuo, por conductas que son imputables igualmente al Estado⁴³. (La simultaneidad de responsabilidades se presenta de manera muy clara en el caso de la agresión, como el propio proyecto de Código de crímenes pone de manifiesto⁴⁴).

El artículo 7 del proyecto de Código (“Carácter oficial y responsabilidad”) incorpora esta regla, como así lo hace el artículo 27 - 1. del Estatuto del T.P.I. bajo la rúbrica de “improcedencia del cargo oficial”: “el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena”.

C) La responsabilidad del superior por los actos de sus subordinados

El hecho de que las conductas hayan sido llevadas a cabo materialmente por otras personas no exime necesariamente de responsabilidad a aquel que las tenía a su cargo o bajo su mando. Dice el artículo 6 del proyecto de Código: “El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal, si sabían o tenían motivos para saber, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas necesarias a su alcance para impedir o reprimir ese crimen”.

El Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia recoge esta regla en términos similares⁴⁵.

⁴³ Por supuesto, la perspectiva inversa arroja el mismo resultado: la responsabilidad del Estado no se ve afectada (mucho menos eludida) por el surgimiento de responsabilidad internacional para los individuos autores de las conductas incriminadas. Así, el proyecto de Código sobre crímenes (artículo 4) contempla la cuestión en los siguientes términos: “El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del Derecho internacional”. Una afirmación similar se contiene en el art. 25 - 4. del Estatuto del T.P.I.

⁴⁴ *Vid. supra*, aptdo. II D) a), y arts. 2 - 2. y 16 del proyecto de Código.

⁴⁵ Art. 7 - 3.

Un aspecto distinto de la cuestión se plantea al determinar la responsabilidad del superior por las órdenes impartidas a sus subordinados. En el asunto Krstic, la Sala del Tribunal para la antigua Yugoslavia considera el rango jerárquico como una circunstancia agravante: “the fact that General Krstic occupied the highest level of VRS Corps commander is an aggravating factor because he utilised that position to participate directly in a genocide”⁴⁶.

D) La obediencia debida

Por su parte, el cumplimiento de órdenes impartidas por un superior jerárquico tampoco constituye una circunstancia eximente de responsabilidad en el caso de conductas constitutivas de crímenes de Derecho internacional. Según los principios de Nuremberg (Principio IV), “[e]l hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”.

Sin embargo, la orden puede ser invocada como atenuante. Así lo reconoce explícitamente el artículo 5 del proyecto de Código de la C.D.I., que recoge el mismo principio (“Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico”)⁴⁷.

E) La complicidad

La responsabilidad por complicidad estaba contemplada ya en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Según los “Principios de Nuremberg” (Principio VII), “[l]a complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional”.

El propio Convenio contra el genocidio (artículo 3) incluye la complicidad y otras formas de participación entre los actos punibles:

“Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio.
- b) La asociación para cometer genocidio.
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio.
- d) La tentativa de genocidio.
- e) La complicidad en el genocidio”.

⁴⁶ *Loc. cit.* en nota 1, § 721. Para la Sala, “[d]irect criminal participation under Article 7 (1), if linked to a high-rank position of command may be invoked as an aggravating factor” (*ibidem*, § 708).

⁴⁷ Es interesante el tratamiento de la cuestión en el art. 33 del Estatuto del T.P.I. (“Órdenes superiores y disposiciones legales”). V. un comentario en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: “Los principios generales del Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte penal internacional”. *Rev. española de Derecho militar*, nº 75, 2000, pp. 381 – 439, en pp. 430 ss.

También el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se refiere a la responsabilidad del individuo que “haya proporcionado deliberadamente ayuda, asistencia u otra clase de apoyo, de manera directa y sustancial, para la comisión de tal crimen, incluso facilitando los medios para ello” (artículo 2 – 3. d)), así como a la derivada de otras formas de autoría o participación⁴⁸.

F) Circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal.

Aunque nada dicen al respecto los “Principios de Nuremberg”, el proyecto de Código de la C.D.I. se refiere a estas cuestiones con sendas remisiones genéricas a los principios generales del Derecho (artículos 14 y 15). El Estatuto del T.P.I. es más preciso al respecto, recogiendo en su artículo 31 las “circunstancias eximentes de responsabilidad penal”, por inimputabilidad o por justificación⁴⁹.

IV.- Exigibilidad de la responsabilidad penal internacional

Como hemos dicho, corresponde también al Derecho internacional regular las condiciones de exigibilidad de la responsabilidad penal internacional de los individuos, una exigibilidad internacional que en ocasiones se enfrenta a los corolarios de la soberanía estatal. Trataremos tres aspectos: de un lado, la universalidad de la perseguibilidad de los responsables de crímenes de Derecho internacional (apartado A); en segundo lugar, el alcance de la inmunidad penal de los jefes de Estado, jefes de gobierno y otras personas que gozan de un estatuto privilegiado por razón de su cargo y de la representación que ostentan (apartado B); por último, la imprescriptibilidad de dichos crímenes (apartado C).

A) Perseguibilidad universal de los responsables de crímenes de Derecho internacional

La responsabilidad penal internacional es una responsabilidad hacia la comunidad internacional en su conjunto y, en ese sentido, *erga omnes*. Por eso todos los sujetos de Derecho internacional están llamados a participar y cooperar en la persecución de las personas acusadas de crímenes de Derecho internacional. Los Convenios de Ginebra de 1949 son taxativos al respecto: “Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas”⁵⁰.

⁴⁸ V. art. 2 – 3. *in extenso*.

⁴⁹ También se refiere al error de hecho o de Derecho (art. 32), y a la minoría de edad (18 años) como causa de exclusión de la competencia del Tribunal. V. sobre estas cuestiones RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, *loc. cit.*, pp. 428 ss. y 438 ss.

⁵⁰ Art. 59, pfo. segundo, del Convenio de Ginebra (I). Igualmente, art. 50, pfo. 2º, Convenio II; art. 129, pfo. 2º, Convenio III; y art. 146, pfo. 2º, Convenio IV.

En la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1973 sobre los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad” se establece: “Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”⁵¹.

En ocasiones, las legislaciones o prácticas estatales se convierten, sin embargo, en escudos protectores contra la persecución de dichas personas. La perseguibilidad internacional (universal) implica la irrelevancia de esos obstáculos, a fin de garantizar la eficacia de la responsabilidad penal.

a) Uno de esos posibles obstáculos es la calificación de los crímenes como delitos políticos, calificación que tiene por objeto la protección de los supuestos autores respecto de la extradición, así como la obtención eventual de los beneficios derivados del asilo⁵². El artículo 7 del Convenio contra el genocidio ya previno esta posibilidad, excluyendo dicha calificación: “A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo 3 no serán considerados como delitos políticos”.

Por su parte, la Resolución 2312 (XXII), de 14 de Diciembre de 1967, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el asilo territorial excluye el asilo para las personas sospechosas de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (artículo 1)⁵³.

b) Otro posible obstáculo derivado de la legislación nacional lo constituyen las políticas de punto final o de amnistía, medidas estatales de limitación o exoneración de la responsabilidad penal, o de exclusión del cumplimiento de las penas, respecto de conductas constitutivas de crímenes de Derecho internacional. Recientemente, se ha planteado la cuestión en algunos Estados, en relación con la ratificación del Estatuto del T.P.I. Para el Tribunal Constitucional de Chile (apoyándose en la sentencia del Consejo constitucional francés), el hecho de que ciertas causas que se benefician de un indulto o una amnistía puedan, no obstante, ser declaradas admisibles por el Tribunal internacional en virtud del artículo 17 de su Estatuto ha sido declarado inconstitucional⁵⁴. Por su parte, la Administración de

⁵¹ Res. 3074 (XXVIII), de 3 de Diciembre de 1973, § 1.

⁵² Así, ambos Convenios interamericanos sobre el asilo (*Convención sobre el asilo diplomático y Convención sobre el asilo territorial*, de Caracas, de 28 de Marzo de 1954) lo admiten en el caso de persecución por delitos que son calificados de políticos (v. los respectivos arts. III).

⁵³ V. también la Res. 3074 (XXVIII) de la AGNU (“Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad”), cit. (*supra*, n. 51), § 7.

⁵⁴ “Este quebrantamiento constitucional se produce en razón que la Corte Penal Internacional podría desconocer en sus sentencias indultos o amnistías previamente

los Estados Unidos ha manifestado su posición en el sentido de que las leyes de amnistía adoptadas por un Estado han de ser respetadas, cosa que no garantiza el Estatuto de Roma⁵⁵.

Desde luego, tales leyes o medidas no afectan en nada a la responsabilidad *internacional* de los autores de tales comportamientos. Ello se explica por el hecho de su punibilidad internacional “estén o no sancionados por el Derecho nacional”⁵⁶. Además, dichas leyes o medidas serían contrarias a la obligación de los Estados de sancionar dichas conductas cuando son cometidas en su territorio.

Es por eso que el principio 8 de los “Principios sobre la cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad”⁵⁷ establece que “[l]os Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído respecto a la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”.

c) Finalmente, la perseguibilidad universal tiene su manifestación más concreta en el principio de jurisdicción universal. Aunque de perfiles todavía controvertidos en cuanto a su definición y alcance, su objeto se condensa en la máxima “*aut dedere aut judicare*”: los Estados tendrían la obligación de juzgar a los presuntos responsables de crímenes de Derecho internacional o extraditarlos al Estado que los reclame para su enjuiciamiento. Como punto de partida, la jurisdicción penal será ejercida por los Estados en cuyo territorio se hayan cometido los crímenes o por un tribunal internacional competente (como establece el artículo 6 del Convenio de 1948 contra el genocidio), mientras que todos los Estados asumen la obligación de extraditar a las personas acusadas por el Estado competente (artículo 7 del Convenio contra el genocidio) o por un tribunal internacional en ejercicio de su competencia. La falta persistente de tribunales penales internacionales y los imperativos de la lucha contra la impunidad han venido abonando la tendencia a la ampliación del ámbito jurisdiccional de los Estados, hasta el punto de que en el proyecto de Código de la C.D.I. (artículo 8: “Establecimiento de jurisdicción”) se lee:

concedidas por las autoridades nacionales competentes”. Y, más adelante, “los artículos del Estatuto [...] violan claras disposiciones constitucionales y, en consecuencia, atentan contra el ejercicio de la soberanía nacional [...]”. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile de 8 de Abril de 2002, considerandos 79º y 81º.

⁵⁵ “The government should decide whether to prosecute or seek national reconciliation. The decision should not be made by the ICC. [] If the state chooses as a result of a democratic and legal process not to prosecute fully, and instead to grant conditional amnesty, as was done in difficult case of South Africa, this democratic decision should be respected” (M. GROSSMAN, Under Secretary for Political Affairs. *American Foreign Policy and the International Criminal Court*. Remarks to the CSIS, Washington, May 6, 2002; in <http://www.state.gov/p/9949.htm>).

⁵⁶ Recuérdese, por ej. el art. 1 – 2. del Código de crímenes (*v. supra*, aptdo. II C)).

⁵⁷ *V. supra*, nn. 51 y 53.

“Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes [...], *sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores*”⁵⁸.

La obligación es congruente, por ejemplo, con lo establecido en el art. 49, párrafo segundo, del Convenio de Ginebra (I) y las disposiciones homólogas de los otros tres Convenios de Ginebra⁵⁹. También lo sería con el artículo 5 del Convenio de 1984 contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶⁰.

B) Exigibilidad universal de la responsabilidad e inmunidad penal de los altos cargos y representantes del Estado.

Con carácter general, la inmunidad penal, reconocida por el Derecho internacional consuetudinario a los altos mandatarios y representantes de los Estados, les permite, en virtud del respeto a la soberanía estatal, sustraerse a la acción de los órganos competentes, especialmente jurisdiccionales, cuando está en juego una alegada responsabilidad criminal, y, consiguientemente, rehuir dicha responsabilidad. Pero la proyección de dicha inmunidad choca con la exigibilidad universal de la responsabilidad por crímenes de Derecho internacional. En el comentario al artículo 7 de su Código de crímenes (“Carácter oficial y responsabilidad”), la C.D.I. formuló la siguiente observación: “Sería paradójico permitir a los individuos, que en algunos aspectos son los más responsables de los crímenes previstos en el Código, invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere, particularmente dado que esos crímenes odiosos consternan a la conciencia de la humanidad, violan algunas de las normas más fundamentales del Derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales”⁶¹.

La cuestión de la inmunidad penal de altos cargos o ex-altos cargos del Estado acusados de la comisión de crímenes de Derecho internacional ha sido objeto de controversia en los últimos tiempos. Ciertamente, el artículo 27 - 2 del Estatuto del T.P.I. excluye la invocación de la inmunidad para eludir el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal: “Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho

⁵⁸ Cursivas mías.

⁵⁹ V. *supra*, introducción a este aptdo. A) , y n. 50.

⁶⁰ Tras imponer la obligación de establecer la jurisdicción sobre los delitos de tortura sobre la base de los criterios de territorialidad, personalidad activa y, en su caso, personalidad pasiva (aptdo. 1.), el aptdo. 2. establece: “Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en el caso de que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición [...]”. Además, “[l]a presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales” (aptdo. 3).

⁶¹ Comentario al art. 7, pfo. 1). *Informe 1996, cit.*

interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”⁶².

En el ámbito del Derecho internacional consuetudinario, en el llamado “caso Pinochet” el Comité de apelación de la Cámara de los Lores la descartó también, como se recordará, respecto de los antiguos jefes de Estado extranjeros⁶³.

Pero la Corte Internacional de Justicia ha negado la existencia de una excepción a la inmunidad penal de los ministros de asuntos exteriores en ejercicio acusados de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad: “Elle n’est pas parvenue à déduire [...] l’existence, en droit international coutumier, d’une exception quelconque à la règle consacrant l’immunité de juridiction pénale et l’inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu’ils sont soupçonnés d’avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l’humanité”⁶⁴.

A este respecto, la Corte señala sin embargo que inmunidad no equivale a impunidad, y que “inmunidad de jurisdicción penal y responsabilidad penal individual son conceptos netamente distintos. La inmunidad de jurisdicción reviste un carácter procedimental, mientras que la responsabilidad penal afecta al fondo del Derecho”⁶⁵. La responsabilidad penal no queda descartada por efecto de la inmunidad. Entre otros supuestos en que no jugaría la inmunidad, señala la Corte que, acabado el desempeño del cargo, un antiguo ministro de asuntos exteriores puede ser juzgado por un tribunal competente de otro Estado por comportamientos llevados a cabo antes o después del período durante el que desempeñó sus funciones, así como por conductas realizadas durante ese período a título privado⁶⁶.

⁶² V., no obstante, ciertos aspectos de la protección de las inmunidades acogidos en el art. 98 del Estatuto (“Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y el consentimiento a la entrega”). Al respecto, *vid.* LIROLA DELGADO, I.; y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional (Justicia versus impunidad)*. Ariel, Barcelona, 2001, p. 145.

⁶³ Decisión de 24 de Marzo de 1999. Puede verse en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa>. V. al respecto DOMINICÉ, C.: “Quelques observations sur l’immunité de juridiction pénale de l’ancien chef d’état”; y COSNARD, M.: “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”; ambos en *RGDIP*, t. 103, 1999/2, pp. 297 ss., y 309 ss. respectivamente.

⁶⁴ *Affaire relative au mandat d’arrêt du 11 Avril 2000 (Rep. Démocratique du Congo c. Belgique)*. Sentencia de 14 de Febrero de 2002, § 58. En cambio, la invocación de la inmunidad de antiguos ministros de asuntos exteriores (como en el caso de H. Kissinger en relación con la comisión rogatoria de la Audiencia nacional española para formularle algunas preguntas sobre la “operación Cóndor”) ha de considerarse, en su dimensión *ratione personae*, descartada.

⁶⁵ *Affaire relative au mandat...*, cit., § 60.

⁶⁶ *Ibidem*, § 61.

Es cierto que cabe detectar, con P.-M. DUPUY, “la acumulación progresiva de indicios de una *opinio juris*” que manifestaría la emergencia de una nueva regla más allá de las exclusiones estrictamente convencionales de la inmunidad. Pero “[l]a coutume procède de l’opinion juridique des États telle qu’elle ressort de leur pratique. Or, celle-ci est encore loin d’être unifiée, et manifeste en tout cas la persistance des réticences étatiques à la réduction des immunités des agents supérieurs de l’État”⁶⁷.

C) La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.

El Derecho internacional también contiene provisiones sobre la exigibilidad de la responsabilidad penal internacional en el tiempo. La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad es el objeto del Convenio de las Naciones Unidas de 26 de Noviembre de 1968⁶⁸, así como del Convenio europeo sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra de 25 de enero de 1974⁶⁹.

Epílogo

Estos son, a grandes rasgos, los caracteres de la responsabilidad penal internacional del individuo en el actual estadio de evolución del sector del Derecho internacional que la regula: el Derecho penal internacional. En la actualidad, el funcionamiento de los tribunales penales especiales y, a partir del 1 de Julio del 2002, de la Corte penal internacional está llamado a contribuir a ese desarrollo normativo. Ciertamente, el ejercicio de la jurisdicción penal por tribunales internacionales es más congruente con la existencia de un sistema penal universal. Pero, a la vista de las limitaciones de las jurisdicciones internacionales hoy existentes, es innegable que el papel de los Estados en la garantía y efectividad de la responsabilidad de los autores de crímenes de Derecho internacional sigue siendo decisivo. De ahí la importancia de la adecuación de sus legislaciones internas, tanto en lo relativo a la incorporación de la tipificación internacional de los crímenes como en la afirmación de su jurisdicción penal y la habilitación de los más adecuados mecanismos de cooperación administrativa y judicial.

⁶⁷ DUPUY, P.-M.: “Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l’exercice des secondes”. *RGDIP*, vol. 103 – 2 (1999), pp. 292 y 293.

⁶⁸ Adoptado por Resolución 2391 (XXIII) de la AGNU. En vigor desde el 11 de Noviembre de 1970, de él son parte 45 Estados.

⁶⁹ Consejo de Europa. STE, nº 82. Todavía no en vigor, pues sólo ha obtenido dos ratificaciones.

R. HUESA VINAIXA