20. El Sr. NJENGA apoya esta propuesta, pero estima que sería más lógico oír las opiniones de los nuevos miembros de la Comisión antes de examinar los proyectos de artículos presentados en el quinto informe.

21. Por otra parte, sugiere que se distribuyan los pasajes pertinentes de los instrumentos internacionales enumerados en el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 6.

22. El PRESIDENTE dice que la Secretaría se ocupará de ello.

23. El Sr. YANKOV dice que la observación del Sr. Njenga es lógica pero que, en la práctica, sería mejor que la Comisión abordara inmediatamente su tarea principal: el examen de los once proyectos de artículos que tiene ante sí, en la inteligencia de que los miembros que deseen mencionar durante el debate otras cuestiones relativas al proyecto de código podrán hacerlo sin problema. Propone asimismo que la Comisión, antes de examinar uno por uno los proyectos de artículos, entable un debate general sobre estas disposiciones en su conjunto, lo que permitiría al mismo tiempo a los nuevos miembros plantear ciertas cuestiones que no se refieren directamente al texto de los once artículos.

24. El Sr. BEESLEY no tiene nada que objetar a ninguno de los métodos propuestos, pero preferiría que la Comisión comenzara lo antes posible el examen de los textos, artículo por artículo. Señala que muchos de los nuevos miembros de la Comisión conocen muy bien los trabajos anteriores relativos al proyecto de código, por ejemplo, como representantes de la Sexta Comisión de la Asamblea General.

25. El Sr. BARSEGOV estima que se impone cierta flexibilidad. Es preciso que los nuevos miembros de la Comisión puedan expresar sus puntos de vista sobre la labor ya realizada, pero quizás no todos comparten la misma posición en cuanto a la manera de proceder. Algunos quizás deseen abordar cuestiones concretas, en relación con los temas de que acaba de tratar el Relator Especial, y otros tal vez prefieran tomarse más tiempo y opinar sobre cuestiones más generales. Por lo que respecta a los once proyectos de artículos, cree más racional examinar el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/404) en su conjunto, pero no tiene tampoco nada que objetar a un examen artículo por artículo.

26. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión acuerda abordar el examen de los proyectos de artículos 1 a 11 presentados por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/404), sin que ello impida que los miembros puedan referirse a los artículos anteriores del proyecto de código.

Así queda acordado.

27. El Sr. RAZAFINDRALAMBO (Presidente del Comité de Redacción) dice que las observaciones de los nuevos miembros de la Comisión sobre los proyectos de artículos presentados anteriormente serán especialmente útiles al Comité de Redacción. El método adoptado permitirá evitar las objeciones de los nuevos miembros cuando el Comité de Redacción presente a la Comisión los proyectos de artículos revisados.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

1993.ª SESIÓN

Jueves 7 de mayo de 1987, a las 10 horas

Presidente: Sr. Stephen C. McCAFFREY

Miembros presentes: Príncipe Ajibola, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Organización de los trabajos del período de sesiones *(conclusión*)*

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE señala a los miembros de la Comisión el documento de sesión ILC(XXXIX)/Conf.Room Doc.1, que reproduce el plan de trabajo que la Comisión ha aprobado para el presente período de sesiones (1991.ª sesión), en la inteligencia de que ese plan se aplicará con flexibilidad en función de los progresos realizados.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* [A/CN.4/398[2], A/CN.4/404[3], A/CN.4/407 y Add.1 y 2[4], A/CN.4/L.410, secc. E, ILC(XXXIX)/Conf.Room D.3 y Add.1]

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULOS 1 A 11[5] *(continuación)*

2. El Sr. THIAM (Relator Especial), tratando de reparar el olvido cometido en la sesión anterior al presentar

---

* Reanudación de los trabajos de la 1991.ª sesión.

[1] El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.° 9* (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

[2] Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

[3] Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

[4] *Idem.*

[5] Para el texto, véase 1992.ª sesión, párr. 3.

su quinto informe (A/CN.4/404), dice que el proyecto de artículo 7 —nuevo artículo dedicado a la regla *non bis in idem*— le parece más oportuno que nunca. Señala que, en el anterior período de sesiones, algunos miembros de la Comisión se mostraron poco inclinados a aceptar el principio de la universalidad de la infracción, alegando que la pluralidad de jurisdicciones —o el concurso o la intervención de varias jurisdicciones— para enjuiciar una misma infracción podía dar lugar a que el delincuente quedase sujeto a la imposición de varias penas, lo que violaría la regla *non bis in idem*. Habida cuenta del largo debate que se entabló a este respecto, y tras madura reflexión, el Relator Especial ha estimado que esa regla podría tener cabida en el proyecto de código, según se aceptase o no la hipótesis de la creación de la jurisdicción penal internacional. De aceptarse tal hipótesis, será difícil invocar la regla *non bis in idem* puesto que, en virtud de la primacía del derecho internacional penal, dicha jurisdicción será por esencia competente para conocer de los crímenes internacionales; ahora bien, en caso contrario, la inclusión de esa regla parece imprescindible.

3. El Relator Especial no estima útil detenerse más tiempo en las controversias suscitadas por la aplicación de esa regla en derecho interno y en derecho internacional penal. Dicha regla, en efecto, no se sitúa entonces en el marco del derecho interno o del derecho internacional penal, al que corresponden los crímenes internacionales propiamente dichos, sino en el del derecho penal internacional, que el sistema jurídico al que pertenece distingue del anterior y que tiene precisamente por objeto resolver los conflictos de derecho penal entre Estados.

4. El Sr. TOMUSCHAT dice que la calidad del quinto informe (A/CN.4/404) y la claridad con que el Relator Especial lo ha presentado anuncian un debate fructuoso. Como en los períodos de sesiones de 1985 y 1986 ya expuso su punto de vista sobre las cuestiones de carácter general, limitará hoy sus observaciones a los proyectos de artículos presentados en ese informe.

5. Por lo que respecta al texto inglés del proyecto de artículo 1, advierte que, en opinión de algunos, sería preferible sustituir el término «offences» por «crimes»; de aceptarse esa sugerencia, será preciso modificar el título del proyecto de código. En lo que concierne a la definición misma, sería mejor que se limitase a remitir a la lista de crímenes que figurará en el código. Una definición de carácter general podría dar la impresión de que la categoría a que pertenecen esos crímenes no es restrictiva, cuando lo que se busca es una lista exhaustiva de crímenes que no pueda ser ampliada mediante interpretación jurídica.

6. En el proyecto de artículo 2, la norma enunciada en el primera frase es excelente. Mas sería posible mejorar la segunda frase sustituyendo en el texto francés el término «poursuivie» por «punissable», lo que permitiría poner de relieve la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos: el ordenamiento jurídico internacional y las normas de derecho interno.

7. El Relator Especial ha estado acertado al incluir el término «individuo» en el proyecto de artículo 3, ya que así se aclara que el código versa sobre la responsabilidad penal de las personas.

8. En lo que se refiere al proyecto de artículo 4, la necesidad de normas más precisas, parece evidente, habida cuenta en particular de los riesgos de manipulación política. La eficacia del código resultaría fortalecida si se previera la creación de un tribunal penal internacional, que ya han aceptado varios gobiernos, lo que permitiría además poner a prueba la seriedad y las intenciones de los Estados. La objetividad e imparcialidad en la aplicación del derecho penal tienen, en efecto, suma importancia; sin ellas, el código dejaría de tener objeto. Lo importante, por otra parte, no es sólo la elección de los jueces, sino también la de los funcionarios del ministerio fiscal. Sin preconizar por ello ninguna forma de *realpolitik*, recuerda a este respecto que no se puede confiar totalmente en la objetividad e imparcialidad de todos los ordenamientos jurídicos en el caso de extranjeros considerados como enemigos del Estado. Por eso, la constitución de muchos países prohíbe la extradición de los nacionales. Además, es fácil formular una acusación contra un individuo. Al ser privados de la tradicional protección de inmunidad, podría muy bien ocurrir que ministros o funcionarios se vieran en la necesidad de responder a la acusación de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad ante la administración de justicia de otro país y se vieran sujetos a detención y prisión con ocasión del ejercicio de sus funciones en el extranjero como agentes del Estado del que son representantes. Todas estas consideraciones confirman que la creación de un tribunal penal internacional es un elemento esencial del sistema que debe establecerse en el código.

9. En cualquier caso, el sistema que propone el Relator Especial deberá ser precisado y armonizado con las reglas de competencia existentes. Sustituir o completar los regímenes en vigor, ahí está el meollo de la cuestión. Por ejemplo, el genocidio es considerado un crimen contra la humanidad, pero, en virtud de las disposiciones aplicables en esta materia, la competencia incumbe principalmente al Estado en cuyo territorio se ha cometido el genocidio. Quizás convenga asimismo hacer algunas distinciones, ya que, si bien el Relator Especial ha subrayado la indivisibilidad del concepto del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, se advierten con todo algunos matices. Existen, por ejemplo, violaciones graves del derecho de los conflictos armados que,en determinadas circunstancias, no afectan a la colectividad internacional como el hecho mismo de desencadenar una guerra. Es importante, pues, aclarar mejor las reglas de competencia. Además, en espera de la creación de un tribunal penal internacional, se podría establecer un régimen de transición. La Asociación de Derecho Internacional, por ejemplo, propuso la creación de una comisión internacional de investigación penal, que estaría encargada de dilucidar las circunstancias en que se hubiera cometido un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad[6]. Una investigación de esta naturaleza permitiría definir las responsabilidades y exponer al mismo tiempo al autor del crimen a la reprobación de la opinión nacional e internacional, lo que tendría un efecto eminentemente preventivo.

[6] Véanse los trabajos de la Asociación sobre este tema en ILA, *Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 1980*, Londres, 1982, págs. 421 y ss., y *Report of the Sixty-first Conference, París, 1984*, Londres, 1985, págs. 263 y ss.

10. La norma anunciada en el proyecto de artículo 5 es satisfactoria, salvo que depende en gran parte de la gravedad de los crímenes que se enumeren en el código. Tal vez resulte necesario, por consiguiente, volver a examinar ese texto una vez elaborada la lista de crímenes. Hay que tener en cuenta asimismo las dificultades prácticas que entraña la reunión de los elementos de prueba, dificultades de las que proceden además en parte las reglas relativas a la prescripción. Si los elementos de prueba se reúnen varios años, o incluso decenas de años, después de la comisión del crimen, los testigos dejan de ser fiables, y, de hecho, el proceso pierde su utilidad.

11. El proyecto de artículo 6 ha mejorado mucho debido al enunciado de las garantías de un proceso equitativo. El Relator Especial ha tenido razón en inspirarse en las garantías enumeradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; dicho instrumento, adoptado en 1966 por la Asamblea General y en el que ahora son parte 85 Estados, es el modelo que conviene seguir.

12. Las disposiciones del proyecto de artículo 7, elemento esencial de todo sistema civilizado de derecho internacional, tienen cabida en el código; lo mismo cabe decir del proyecto de artículo 8, cuyo nuevo texto se basa en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

13. La primera cuestión que se plantea en relación con el proyecto de artículo 9 es saber si es realmente necesario establecer una lista de las excepciones a la responsabilidad penal. La respuesta depende hasta cierto punto de otra cuestión, a saber, la de quién será competente: ¿un tribunal penal internacional o los tribunales nacionales? En el primer supuesto, las excepciones a la responsabilidad penal deberán enunciarse en las normas que aplique el tribunal internacional, puesto que éste no podrá basarse en ningún otro texto. En el segundo caso, se puede dejar que el derecho interno sea el que determine las excepciones admitidas. Ahora bien, tal sistema podría poner en grave peligro la aplicación uniforme de la ley, en cuanto que los jueces reaccionarán de forma diferente, según la legislación y la práctica de su país, frente a una misma excepción y que, siendo así, la condena del acusado dependrá de una decisión judicial aleatoria. Por esta razón, el orador está de acuerdo en principio con el Relator Especial acerca de la necesidad de establecer una lista de las excepciones a la responsabilidad.

14. Otra cuestión que plantea el proyecto de artículo 9 es saber si es necesario incluir una norma que estipule que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sólo pueden ser cometidos intencionalmente y nunca por negligencia. La disposición que el Relator Especial propone con respecto al error induce a pensar que un individuo podría ser acusado de actos de negligencia, puesto que el error sólo constituye una excepción si es invencible. Ahora bien, a juicio del orador un crimen cometido contra la paz y la seguridad de la humanidad supone en general que el autor haya obrado con intención, voluntariedad y a sabiendas. No excluye que en algún caso extremo un acto de negligencia merezca ser tipificado como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero, en su opinión, es preciso examinar la cuestión más a fondo.

15. Pasando a considerar la lista de excepciones a la responsabilidad penal, propuesta por el Relator Especial, pone en duda que la legítima defensa pueda en ningún caso excusar un acto tipificado como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Si las actividades militares realizadas en respuesta a una agresión extranjera no constituyen normalmente un acto criminal, los crímenes de guerra, en cambio, no pueden ser excusados por el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Mas en este caso también son concebibles, por lo menos, algunos supuestos en que se podría alegar la legítima defensa; por lo tanto, quizás sea mejor, por lo que pueda ser, conservar la excepción de legítima defensa.

16. La fuerza mayor desempeña sin duda una función en el derecho interestatal, así como en las relaciones entre individuos, en los países de tradición jurídica romanista y en los países de *common law*. Si, por causa de fuerza mayor, un Estado no cumple con una obligación que le incumbe en virtud del derecho internacional, puede quedar dispensado de esa obligación. Sin embargo, en el caso de la responsabilidad penal individual, todo crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, sea una acción o una omisión, supone un comportamiento humano, es decir, un comportamiento que precisamente no es tenido en cuenta en el supuesto de fuerza mayor, en el que sólo intervienen las fuerzas de la naturaleza. Conviene, pues, reflexionar sobre la necesidad de incluir la fuerza mayor entre las excepciones; por su parte, el orador opina que podría ser excluida.

17. En cuanto a la coacción y el estado de necesidad, el orador señala que la condición que figuraba en la disposición anterior (art. 8, apartado *b*), presentada en el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/398, parte V), a saber, la existencia de un peligro grave, inminente e irremediable, se ha suprimido. A su juicio, se trata de una condición útil que sería preciso conservar.

18. La regla relativa al error es aceptable en lo que se refiere al error de derecho y, a este respecto, la Comisión podría examinar más adelante la posibilidad de incluir una excepción basada en la enajenación mental. Mas el problema es distinto en lo que concierne al error de hecho, puesto que, como el orador lo ha dicho, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad suponen en general la intención criminal. ¿Es admisible, pues, que el error pueda erradicar el carácter especialmente reprensible del acto? Supóngase, por ejemplo, que un piloto en vez de lanzar una bomba sobre las tropas enemigas, la lance sobre una ciudad que no es un objetivo militar, y supóngase además que haya habido un error de navegación; ese piloto no debería ser considerado como un criminal de guerra. Sin embargo, esto plantea una delicada cuestión de principio que requiere un examen más detenido; es preciso decidir si la intención criminal constituye un elemento necesario del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, de suerte que el error excluiría la responsabilidad penal del autor del acto.

19. En cuanto a la excepción basada en la orden de un gobierno o de un superior jerárquico, el orador teme que la referencia a la posibilidad moral de elegir introduzca una grave ambigüedad en el texto.

20. El Sr. REUTER, tras felicitar al Relator Especial por su saber, su sensatez y sus esfuerzos, pone de relieve que, por el momento, sólo se tiene en cuenta la responsabilidad penal de los individuos. Felicitándose por esta decisión, se pregunta si el nuevo texto del proyecto de artículo 3 será suficiente, puesto que la cuestión de la responsabilidad penal de un Estado, tal como se enuncia en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[7], sigue planteada. Sería de desear, por consiguiente, que no se excluyesen desde ahora las relaciones que existirán ineluctablemente entre la responsabilidad penal del individuo y la del Estado: si la responsabilidad penal del individuo exige un castigo, lo mismo cabe decir de la del Estado. Falta saber si se pueden formular normas generales concernientes al castigo del Estado. Personalmente, lo pone en duda, y por ello propone que se puntualice que el nuevo texto del proyecto de artículo 3 no prejuzga en absoluto las decisiones que la Comisión adopte sobre la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. Dicho de otro modo, sería partidario de admitir una responsabilidad penal individual que se extienda a los agentes del Estado incluso si, por cualquier razón, la CDI o la Sexta Comisión de la Asamblea General decide no tener en cuenta la responsabilidad penal del Estado.

21. Aprueba el método propuesto por el Relator Especial, consistente en enunciar los principios generales y, después, elaborar una lista de actos criminales, lista que idealmente, aunque difícil de alcanzar, sería exhaustiva. Sin embargo, no es seguro que todos esos principios generales se apliquen a cada uno de los crímenes que se enuncian. Por consiguiente, estima que habría que incluir en los principios generales (título II del capítulo I del proyecto) una disposición que indicase que éstos se aplican a los distintos crímenes enunciados, sin perjuicio de cualquier aclaración o modificación relativa a cualquiera de ellos.

22. Con respecto al proyecto de artículo 4 —artículo central, ya que concierne a la obligación de juzgar o de conceder la extradición—, el orador dice que el título en latín «*aut dedere aut punire*» no le satisface, puesto que la obligación de juzgar debe prevalecer sobre la obligación de castigar.

23. El Sr. Reuter interpreta el párrafo 1 del artículo 4 en el sentido de que la obligación de juzgar o de conceder la extradición está subordinada a la detención. Ahora bien, ¿qué ocurrirá si un Estado de mala fe no procede a la detención del autor del crimen, puesto que no está obligado a hacerlo? Así pues, aunque no insistirá en ello, propone que se modifique el texto de ese párrafo de la manera siguiente:

> «1. Todo Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra un individuo autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad está obligado a juzgarlo o a conceder su extradición.»

Desea asimismo que, a falta de acuerdo sobre este punto, la Comisión evite por ahora pronunciarse sobre la cuestión de la creación de un tribunal penal internacional, solución por la cual, por otra parte, expresa su preferencia. En cambio, podría considerarse desde ya la inclusión en el proyecto de código de una disposición por la que se establezca que la jurisdicción penal internacional sólo será competente para los crímenes más graves, o bien tomar en consideración la posibilidad de formular reservas al futuro instrumento, o bien examinar la posibilidad de ampliar la autoridad de los tribunales nacionales, preservando al mismo tiempo jurídicamente su carácter propio, a fin de que puedan conocer de los crímenes sobre los que versa el código.

24. El Sr. MAHIOU felicita al Relator Especial por la precisión, concisión y rigor de su quinto informe (A/CN.4/404).

25. Por lo que respecta al proyecto de artículo 1, recuerda haber defendido anteriormente la idea de incluir el concepto de gravedad en la definición general de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, habida cuenta de las explicaciones escritas y verbales del Relator Especial, se declara dispuesto a aceptar la definición simple y amplia que éste propone, en la inteligencia de que los crímenes considerados —que serán los más graves— figurarán enumerados en una lista.

26. En lo que se refiere al proyecto de artículo 2, que plantea el problema de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, señala que el párrafo 7 del comentario delimita claramente el problema. El instrumento que se está elaborando sólo tendrá sentido, en efecto, si los Estados lo aplican lealmente. Eso no será siempre así, sin embargo, puesto que la tipificación de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad según el derecho interno o el derecho internacional permite muchas escapatorias, sobre todo si la tipificación de derecho interno llegase a tener primacía sobre la tipificación de derecho internacional. Además, si se permite optar entre una jurisdicción interna y una jurisdicción internacional, es probable que los Estados prefieran juzgar a los autores de los crímenes tipificados en su derecho interno; por ejemplo, si éste establece penas menos graves. Así pues, el proyecto de artículo 2 merece reflexión. En cuanto al comentario que lo acompaña, el orador lo estima útil e interesante, si bien desea que en su versión definitiva se excluyan todas las citas a fin de que refleje fundamentalmente la opinión de la Comisión.

27. En lo que concierne al proyecto de artículo 3, expresa una opinión algo diferente de la del Relator Especial y del Sr. Tomuschat y desea que dicha disposición no prejuzge el contenido del código. Dadas las diferencias de opinión que existen sobre la cuestión —muy compleja— de si hay que tener en cuenta únicamente la responsabilidad penal de los individuos o también la de los Estados, y habida cuenta de la relación entre el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado en primera lectura por la Comisión[8], y el proyecto de código objeto de examen, más vale no hipotecar el futuro y no excluir desde ahora la posibilidad de tener en cuenta también la responsabilidad penal de los Estados. Por otra parte, los debates de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General ponen de manifiesto que la cuestión dista de haber sido zanjada, y que si la CDI decidió en un primer momento limitar el proyecto de códi-

[7] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y ss.

[8] *Ibid.*

go a la responsabilidad penal de los individuos, fue sólo por razones de orden práctico y de eficacia. Propone, pues, que se vuelva al antiguo texto del proyecto de artículo 3 o que, en el nuevo texto, se coloque entre corchetes el término «individuo». En su momento, cuando se haya adoptado una decisión, se podrá reemplazar dicho término por el conveniente o suprimir los corchetes. También se podría adoptar la solución propuesta por el Sr. Reuter y aclarar que nada en el código prejuzga las decisiones que la Comisión adopte acerca de la responsabilidad penal de los Estados.

28. Por lo que respecta al proyecto de artículo 4, se felicita de que el Sr. Reuter haya planteado la cuestión del título en latín. En cuanto a las observaciones del Sr. Reuter sobre la relación entre la detención y la extradición o el enjuiciamiento, cree que se trata de un problema de forma más bien que de fondo, que sin duda el Relator Especial podrá solucionar.

29. Refiriéndose al párrafo 6 del comentario al proyecto de artículo 4, que a su juicio es demasiado negativo, expresa el deseo, si bien comprende las dificultades y objeciones formuladas acerca de la creación de una jurisdicción penal internacional, de que también en este caso la Comisión mantenga las dos opciones propuestas, puesto que el debate sigue en pie tanto en la Comisión como en la Asamblea General.

30. El proyecto de artículo 6 es importante, habida cuenta de la práctica judicial y las polémicas suscitadas con motivo de procesos celebrados en un pasado lejano o más reciente. La única cuestión que se plantea es la de si hay que formular ese artículo de modo muy amplio, como en el texto anterior, o de forma detallada, enumerando las garantías jurisdiccionales de que debe gozar el acusado. Por su parte, el orador, aunque estima demasiado elíptico el texto anterior, no está seguro de que sea preciso enumerar todas las garantías jurisdiccionales. Por consiguiente, si bien suscribe los párrafos 1 y 2 del nuevo texto, abriga algunas dudas en cuanto a la redacción del párrafo 3. Se pregunta si no sería mejor recurrir a una fórmula flexible y abierta, sin perjuicio, en su caso, de remitirse a los convenios internacionales existentes sobre la materia y a los principios generales de derecho. Reconoce que no se ha formado una idea definitiva sobre esta cuestión, cuyas dificultades no se le ocultan.

31. Convencido por las explicaciones escritas y verbales del Relator Especial, el orador aprueba el proyecto de artículo 7, que tiene cabida en el futuro instrumento, pero que, por supuesto, estará o no justificado según que se cree o no una jurisdicción penal internacional.

32. Por haber sido uno de los que manifestaron el deseo de que se emplease una fórmula positiva, no puede por menos de aprobar el nuevo texto del proyecto de artículo 9, sin desconocer que no ha concluido el debate en cuanto al número y la naturaleza de las excepciones que conviene incluir en el código. En lo que se refiere a la excepción de legítima defensa, advierte que, según el párrafo 2 del comentario, se trata de la legítima defensa individual y se pregunta si ello es verdaderamente así cuando los actos de que se trata han sido realizados en respuesta a una agresión. ¿No se trata más bien en este caso de la legítima defensa del Estado, de la nación, del pueblo afectado? Con respecto al error de hecho o de derecho, tras haber escuchado las observaciones del Sr. Tomuschat, desearía que el Relator Especial diera algunas aclaraciones sobre el significado, la naturaleza y el alcance del error y sus consecuencias.

33. Por último, en lo que concierne al proyecto de artículo 10, conviene en que es útil conferir a la responsabilidad del superior jerárquico un fundamento distinto y distinguirla del concepto de complicidad (párrafo 6 del comentario). Esa solución es buena, aunque está dispuesto a aceptar cualquier otra fórmula que permita, por medio de la teoría general de la complicidad, remitir a esa responsabilidad autónoma del superior jerárquico.

34. El Sr. BENNOUNA puntualiza que su intervención versará sólo sobre algunos aspectos concretos, puesto que, en cuanto a los demás, comparte los puntos de vista ya expresados por otros miembros de la Comisión. De todos modos, los proyectos de artículos propuestos permitirán que se avance considerablemente en la elaboración del proyecto de código.

35. Una de las cuestiones que se han planteado es la de las relaciones entre el proyecto de código y el *jus cogens*, concepto complejo y controvertido. Si se habla de infracción universal, hay que hablar asimismo de norma jurídica universal. A este respecto, el intento es delicado, dado el carácter político de la cuestión y la complejidad jurídica de un concepto que no se ha prestado nunca al desarrollo progresivo ni a la codificación del derecho. Esta observación le ha llevado a preguntarse acerca de los medios de conciliar la universalidad de la infracción y de la norma con el carácter consensual de un instrumento cuya adopción requerirá el asentimiento de los Estados. Recuerda, a este respecto, las dificultades con que tropezó la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con la inclusión de la idea de patrimonio común de la humanidad en el texto de la Convención de 1982. Los participantes en la Conferencia tenían ante sí dos posibilidades: una consistía en buscar la adopción de la Convención por consenso, método con el que se trataba de salvaguardar la universalidad, pero que fracasó; y la otra que tendía a afirmar en el texto mismo de la Convención el carácter imperativo de ese concepto, solución que fue la adoptada.

36. En la etapa actual de los trabajos, la Comisión tropieza también con una dificultad que resulta de la necesidad de elaborar unos principios sin tener una idea de conjunto de los crímenes sobre los que versará el código, algunos de los cuales tendrán quizás más o menos importancia que otros para la salvaguardia de la paz y la seguridad de la humanidad. Esta dificultad pesa sobre los proyectos de artículos y, en primer lugar, sobre la definición de los crímenes a que éstos se refieren.

37. El proyecto de artículo 1 tiene la ventaja de su simplicidad. Cabe si duda lamentar la falta de un planteamiento conceptual, pero la solución de la enumeración es comprensible. Dicho esto, ese proyecto de artículo tiene también los inconvenientes de la simplicidad. Cabe preguntarse si la enumeración será o no exhaustiva. Todo el mundo sabe, efectivamente, que la lista de crímenes puede seguir alargándose; el mundo contemporáneo es el escenario de actos que siguen en aumento,

como el mercenarismo y el terrorismo, y es posible que surjan nuevos tipos de crímenes. Siendo así ¿como puede la Comisión estar segura de que el código responderá a circunstancias imprevistas?

38. Por otra parte, ciertos crímenes ya han sido objeto de convenciones especiales, por ejemplo, la convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y un Comité *ad hoc* de las Naciones Unidas trabaja actualmente sobre un proyecto de convención sobre el mercenarismo. Sería preciso, pues, que la Comisión tendiera una especie de puente entre el proyecto de código, que tiene carácter general, y esos instrumentos. Por lo que respecta a ese problema, el orador no puede ofrecer ninguna solución decisiva, pero sugiere que se incluya después de la enumeración una fórmula redactada como sigue: «sin perjuicio de las nuevas tipificaciones que lleguen a establecerse mediante normas generales reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto». Sería preciso naturalmente que esa normas tuviesen, como el código, carácter imperativo.

39. La misma dificultad se plantea en relación con el proyecto de artículo 4, que desempeñará una función fundamental si no se acepta la idea de crear una jurisdicción penal internacional. El orador dice a este respecto que, si bien cabe sentirse tentado intelectualmente por esa solución, se muestra escéptico sobre la posibilidad práctica de crear una institución de ese carácter, si no existe un impulso de fraternidad que trastorne las relaciones internacionales, movimiento que, desgraciadamente, se produce con más frecuencia en el dolor que en el entusiasmo, como demuestra la creación del Tribunal de Nuremberg inmediatamente después de la segunda guerra mundial. Habría, pues, que profundizar la afirmación hecha en el párrafo 1 del anterior proyecto de artículo 4, que se presentaba como un postulado con respecto al carácter consensual del proyecto de código. También en este caso ¿cómo conciliar una norma que forma parte del *jus cogens* con ese carácter consensual del futuro instrumento? De la idea de infracción universal deriva la idea de represión universal. Así pues, ¿no convendría afirmarlo más claramente y decir que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una violación de las normas reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario?

40. El Sr. BARSEGOV dice que la actitud de la Unión Soviética hacia la preparación del proyecto de código se debe a la creciente importancia de la legalidad internacional y del orden jurídico internacional, como se señala en particular en el memorando soviético titulado «Desarrollo del Derecho Internacional»[9]. La elaboración de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad reviste una importancia y una actualidad especiales, dada la función preventiva que el código está llamado a desempeñar. Trátase, efectivamente, de prevenir crímenes internacionales como la guerra nuclear, la agresión, el terrorismo de Estado, el genocidio, el *apartheid*, el empleo de mercenarios y los demás crímenes que pueden atentar contra la civilización misma.

41. Refiriéndose a la resolución 41/75 de 3 de diciembre de 1986, de la Asamblea General, y en particular al cuarto párrafo preambular, señala que la Asamblea invita a la Comisión a conceder la máxima importancia a sus trabajos sobre el tema a fin de concluir el proyecto de código, y a continuarlos, preparando una introducción y una lista de los crímenes, que tenga en cuenta los progresos realizados (párr. 1). El orador está convencido de la utilidad de redactar dicha lista, pero opina que ello presupone la elaboración de una definición coherente. Sería deseable, en efecto, que esa definición reflejase los rasgos más característicos y principales de esa categoría de actos, que atentan contra el fundamento mismo de la humanidad, causan un perjuicio a los intereses vitales de la comunidad internacional y son considerados criminales por esa comunidad en su conjunto. No se le ocultan las dificultades que plantea una definición de esa naturaleza, pero confía en que los demás miembros de la Comisión estarán de acuerdo con él sobre ese punto. En tal caso, la Comisión podría proseguir su labor reservándose la posibilidad de volver, más adelante, a una definición más elaborada.

42. Para redactar el proyecto de código convendría inspirarse en los principales instrumentos de derecho internacional, como las convenciones y resoluciones adoptadas por la Asamblea General relativas a la guerra nuclear, la agresión, el terrorismo de Estado, el genocidio, el *apartheid*, etc., crímenes de los que hablará ulteriormente con más detalle.

43. El Relator Especial ha estado acertado al sentar el principio de la responsabilidad penal del individuo, y el orador aprueba el nuevo texto del proyecto de artículo 3.

44. La idea fundamental del proyecto de artículo 4 no suscita ninguna duda: el principio *aut dedere aut punire* tiene por objeto establecer la imprescriptibilidad del castigo de los autores de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Mas convendría precisar la idea contenida en el artículo pues, en su redacción actual, el texto suscita varias cuestiones. Por ejemplo, la fórmula «el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» supone que se haya probado ya la culpabilidad del interesado y que se haya dictado en contra suya una decisión judicial, por lo que esa persona no puede volver a ser juzgada por ese crimen. No se alcanza tampoco a discernir claramente con qué fin sería entregada a otro Estado: ¿para ser juzgada o para cumplir su pena? Cabe preguntarse también a qué Estado sería entregada: ¿el Estado en cuyo territorio haya cometido el crimen o el Estado de que sea ciudadano?

45. Sucede a veces que el problema de la extradicción esté relacionado con motivos políticos, y su experiencia en esta materia le incita a proponer un nuevo párrafo 2 redactado como sigue:

> «1. Las personas acusadas de haber cometido un crimen contra la paz o la seguridad de la humanidad serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio se haya cometido el acto.»

Ese principio de la competencia del lugar, reconocido en derecho internacional y ampliamente aplicado en derecho interno, puede incluso considerarse como un principio general de derecho, en el sentido del Artículo 38,

[9] Documento A/C.6/41/5.

párr. 1, apartado *c*, del Estatuto de la CIJ; y, desde el punto de vista de la moral humanitaria general, es justo que un criminal sea castigado según la legislación del país a cuya población haya infligido sufrimientos. El orador recuerda a este respecto que las bases sentadas en el estatuto del Tribunal de Nuremberg[10] han sido confirmadas por el desarrollo ulterior del derecho internacional. No obstante, como señala el Relator Especial (párr. 3 del comentario al art. 4), no es imposible que la extradición de las personas acusadas de crímenes cometidos por motivos políticos sea fuente de dificultades. Por eso, sería conveniente incluir la disposición siguiente:

«En caso de extradición, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no podrán ser considerados crímenes políticos.»

Por ejemplo, si hay motivos para pensar que un Estado que ha organizado un genocidio no adoptará las disposiciones necesarias para llevar al interesado a los tribunales, éste podrá ser juzgado por los tribunales del Estado en que se encuentre preso, lo que es totalmente conforme al principio *aut dedere aut punire*. Esa cláusula constituiría el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, y el párrafo 2 del texto presentado por el Relator Especial se convertiría en párrafo 4.

46. Partidario de reforzar el carácter preventivo del código, el orador añade que, en la situación actual, el potencial esencial del proyecto de código debe descansar precisamente en el párrafo 1 del artículo 4, que deberá ser enunciado lo más claramente posible.

47. Relacionado con esta disposición está el proyecto de artículo 5, relativo a la imprescriptibilidad, que es una de las cláusulas centrales del proyecto de código. En su comentario, el Relator Especial señala que el principio de la imprescriptibilidad no está reconocido unánimemente y que ciertos Estados prevén en su legislación un plazo de prescripción aplicable el tipo de crímenes de que se ocupa la Comisión. En el ordenamiento jurídico soviético, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se apoya en bases intangibles, constituidas por la moral humanitaria y por la voluntad de prevenir toda repetición de ese tipo de crímenes en el porvenir. Como la conciencia y la moral de los pueblos no pueden aceptar la impunidad de los autores de los crímenes más graves de todos, el Presídium del Soviet Supremo de la Unión Soviética aprobó, por otra parte, desde 1965, un decreto especial para el castigo de las personas culpables de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o de crímenes de guerra, independientemente del momento en que se hubiera cometido el crimen. El orador cita un pasaje que subraya que la Unión Soviética, al establecer la imprescriptibilidad, se funda en los principios generales reconocidos de derecho internacional que se enuncian en el estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg y en las resoluciones de la Asamblea General.

48. Ese principio de derecho internacional ha sido confirmado en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, que entró en vigor en 1970. Es imposible que los Estados que aplican un plazo en esta esfera no la tengan en cuenta, como demuestra el proceso Klaus Barbie. Por consiguiente, si la Comisión confirma ese principio en el proyecto de artículo 5, debe ser lógica consigo misma y completarlo mediante una disposición según la cual las legislaciones nacionales deben aceptar y recoger esa norma de derecho internacional. Dicha disposición podría redactarse como sigue:

«Los Estados están obligados a adoptar las disposiciones constitucionales o cualesquiera medidas jurídicas o de otra índole que sean necesarias para que la prescripción no se aplique a los procedimientos judiciales ni a las medidas de represión relativos a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.»

49. Respecto al proyecto de artículo 6, sobre garantías jurisdiccionales, el orador parte de la idea de que es deseable lograr una mejor coordinación entre el proyecto de código y los instrumentos de derecho internacional pertinentes, en particular los que han adquirido carácter universal. Procedería, entre otras cosas, confirmar en el proyecto de código, el principio de la igualdad de todas las personas ante los tribunales, como se establece en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

50. En cuanto al texto del proyecto de artículo 7, convendría precisarlo para que quede bien sentado que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo crimen. Sin embargo, si el autor del crimen ha sido llevado ante los tribunales por haber cometido un acto sancionado por el derecho común —un asesinato, por ejemplo—, ello no significa que no deba ser procesado por el mismo acto, aunque por otro concepto, es decir, acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

51. En cuanto al proyecto de artículo 8, sobre la irretroactividad, el orador dice que ese texto no debe constituir un obstáculo para la represión de los actos que ya han sido tipificados como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en las normas, convencionales o de otro tipo, del derecho internacional en vigor.

52. Por último, los artículos 9 y 10 introducen en el proyecto de código principios de derecho penal que se refieren a clases de crímenes totalmente diferentes, cuya transposición automática en el código podría socavar el fundamento mismo del instrumento que se elabora. Además, esos dos proyectos de artículos están en contradicción con las útiles disposiciones propuestas por el Relator Especial en otros artículos. Por ejemplo, ¿cómo se puede hablar de legítima defensa en caso de agresión, de utilización de armas nucleares, de genocidio? Parece claro que la Comisión debe guiarse a este respecto por el estatuto del Tribunal de Nuremberg, en el que, por otra parte, el Relator Especial se ha inspirado para redactar el proyecto de artículo 11.

53. El Sr. BEESLEY desea formular algunas observaciones generales, en vista de las interesantes declaraciones hechas por los oradores que le han precedido sobre un tema que, como todo el mundo reconoce, es difícil e importante.

54. No sólo se plantean problemas de fondo, sino también problemas de método que hay que resolver para que el código objeto de estudio alcance el objetivo fija-

[10] Véase 1992.ª sesión, nota 6.

do. Construir un edificio sin saber sobre qué cimientos se construye, como se ha pedido a la Comisión, no puede ser una operación fructuosa. Por ejemplo, es indispensable decidir si la Comisión prevé la creación de una jurisdicción penal internacional o si la aplicación del código se confiará a los tribunales nacionales. Esta cuestión fundamental se planteará en relación con el examen de cada uno de los artículos del proyecto y puede considerarse incluso que constituye una condición previa del asentimiento de los Estados a los trabajos de la Comisión.

55. Análogamente, se supone que el proyecto de código se aplica a los individuos, pero, como la cuestión de saber si esa aplicación se hará extensiva a los Estados sigue abierta, se plantea otro problema: ¿pueden los tribunales de un Estado determinar la responsabilidad penal de otro Estado? La Comisión debe tratar de resolver esta cuestión y de someter a los Estados la solución que propone; incumbirá a los gobiernos decidir si esa solución les conviene o no. Por supuesto, esa dificultad desaparecería si se crease una jurisdicción penal internacional, pero por el momento no se ha previsto la creación de una jurisdicción de esa índole.

56. Asimismo, la cuestión de la aplicación del código no deja de influir sobre la mayor o menor flexibilidad o precisión que hay que dar a la lista de crímenes y de medios de defensa posibles. No hay que olvidar, en efecto, las notables diferencias que existen entre los ordenamientos jurídicos con respecto a las cuestiones de derecho penal; la presunción de inocencia, por ejemplo, no es aceptada del mismo modo en todos los ordenamientos. Así pues, la Comisión tendrá que recurrir a especialistas de derecho penal antes de concluir su tarea, en defecto de lo cual su texto final podría no ser aceptado.

57. Otro problema que puede plantearse si se propone incluir en el proyecto de código los actos cometidos por negligencia o por error, es el de los crímenes cometidos sin intención deliberada. También en este caso, la solución dista de ser la misma en todos los ordenamientos jurídicos. La mayoría distingue entre delitos civiles y delitos penales; algunos establecen una jerarquía entre todos esos actos, de suerte que en los casos más graves, un delito civil puede convertirse en delito penal.

58. En cuanto al concepto de irretroactividad, cuya utilidad es innegable, el orador recuerda que se ha dado el caso de que tribunales internacionales apliquen retroactivamente el derecho penal internacional. Por consiguiente, conviene abordar el problema con prudencia.

59. Por lo que hace a la extradición, la práctica de los Estados varía, sobre todo en lo que concierne al efecto de la nacionalidad, y no se puede esperar que los tribunales nacionales apliquen uniformemente el derecho en este campo.

60. El hecho de elaborar una lista de crímenes que no sea exhaustiva plantea asimismo dificultades. Una lista de esa índole podría ser aplicada sin duda por un tribunal internacional, pero no por los tribunales nacionales. Basta con un ejemplo: el individuo que para algunos es un combatiente por la libertad, para otros es un terrorista. Por último, algunos conceptos, como los de agresión o genocidio, pertenecen también a la esfera de los derechos humanos, del derecho de la guerra y del derecho humanitario. Por consiguiente, la Comisión debe preguntarse si es preciso que se fije como objetivo una convención de carácter general, dejando las cuestiones más concretas para instrumentos especiales. En ciertos campos, como los derechos humanos, el espacio, el medio natural, la codificación se inició al adoptarse una declaración de principios que después se convirtió en derecho positivo. Es dudoso, sin embargo, que tal método sea apropiado en relación con los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

61. Para terminar, el orador subraya la necesidad de decidir si se quiere que la aplicación del código incumba a una jurisdicción internacional o a los tribunales nacionales, ya que la elección sobre este punto repercutirá en la redacción de cada uno de los artículos del proyecto.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1994.ª SESIÓN

Viernes 8 de mayo de 1987, a las 10 horas

Presidente: Sr. Stephen C. McCAFFREY

Miembros presentes: Príncipe Ajibola, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* [A/CN.4/398[2], A/CN.4/404[3], A/CN.4/407 y Add.1 y 2[4], A/CN.4/L.410, secc. E, ILC(XXXIX)/Conf.Room Doc.3 y Add.1]

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULOS 1 A 11[5] *(continuación)*

1. El Sr. CALERO RODRIGUES lamenta que se siga utilizando en el título y en el cuerpo mismo del texto

[1] El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.° 9* (A/2693), pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

[2] Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

[3] Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

[4] *Idem.*

[5] Para el texto, véase 1992.ª sesión, párr. 3.