

los puntos respecto a los cuales existe un consenso universal.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

1964.ª SESIÓN

Miércoles 11 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Jagota, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Sucharitkul, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Ushakov, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) [A/CN.4/387², A/CN.4/398³, A/CN.4/L.398, secc. B, ILC (XXXVIII)/Conf.Room Doc.4 y Corr.1 a 3]

[Tema 5 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

PARTE IV (Principios generales) y

PARTE V (Proyecto de artículos)

1. El Jefe AKINJIDE señala que sus observaciones sobre el excelente cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/398) serán más bien sugerencias destinadas a mejorar el texto y a ofrecer al Relator Especial elementos de reflexión para su próximo informe.

2. De todos los temas que figuran en el programa de la Comisión, el que se examina es uno de los más importantes. Es también un tema muy delicado, ya que trata de cuestiones relacionadas con la existencia misma de la humanidad y despierta los malos recuerdos de la segunda guerra mundial. Por su parte, el Jefe Akinjide está de acuerdo en que es necesario elaborar un proyecto de código que, al obtener la mayor aprobación posible, vaya en favor de la paz y la armonía en el mundo entero.

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.º 9 (A/2693), págs. 11 y 12, párr. 54] se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 8, párr. 18.

² Reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 65.

³ Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

3. La labor de la Comisión sobre el tema que se examina corre el riesgo de tener efectos sobre el equilibrio de las Potencias, así como sobre ciertos intereses económicos y sobre la rivalidad entre las ideologías, e incluso sobre la vanidad de los Estados. Además, es necesario hacer todo lo posible para llegar a un cierto equilibrio entre los diversos intereses contradictorios que se encuentran en juego.

4. El Jefe Akinjide cree, como el Sr. Balanda (1960.ª sesión), que sería necesario tener más en cuenta la experiencia adquirida en Africa y en Asia, así como la evolución del derecho en esos continentes. A ese respecto se podrían citar varios ejemplos, siendo el primero de ellos el de los procesos de los mercenarios de Angola, de hace algunos años, cuando varios mercenarios blancos fueron detenidos en ese país y acusados de crímenes contra la humanidad, de crímenes contra la paz y del crimen de mercenarismo. El Jefe Akinjide cree que esos procesos fueron los primeros de ese tipo después de los de Nuremberg y de Tokio, al final de la segunda guerra mundial.

5. Aunque el tribunal que juzgó a los mercenarios de Angola fue un tribunal nacional, no hay que subestimar las consecuencias internacionales del fallo dictado, ni el interés particular que esa decisión tiene en el actual debate. Cabe señalar además que esos mercenarios actuaban por cuenta de una Potencia extranjera —muy conocida— con lo que la cuestión pasaba a ser una cuestión de guerra por poder. Ahora bien, es sintomático que se autorizara a observadores internacionales a asistir al proceso. Algunos de los acusados fueron condenados a la pena de muerte y ejecutados pese a las protestas vehementes de sus países de origen; la mayoría de ellos eran ciudadanos de los países desarrollados. Otros fueron condenados a penas de prisión y otros, en fin fueron absueltos por falta de pruebas.

6. El Tribunal de Angola aplicó el derecho *ex post facto*. Ese problema, como se sabe, se planteó con motivo de los procesos de Nuremberg y de Tokio. En Tokio el juez indio emitió una opinión disidente, motivada en particular en el hecho de que el derecho aplicado por el Tribunal era un derecho *ex post facto* y por lo tanto no válido. Ya había habido divergencias de opinión sobre ese punto en el proceso de Nuremberg y muchos juristas eminentes, entre ellos el Sr. Reuter, habían escrito sobre el tema. Los jueces angoleños, al aplicar la ley *ex post facto*, invocaron los precedentes internacionales de los procesos de Nuremberg y de Tokio.

7. Por consiguiente, el Jefe Akinjide estima que no se puede olvidar un ejemplo de esa importancia en el estudio del tema que la Comisión tiene ante sí y recomienda vivamente al Relator Especial que consulte, en sus trabajos futuros, los documentos de esos procesos, que habrá que traducir del portugués. Sugiere también que la Comisión tenga en cuenta la experiencia adquirida en materia de mercenarismo por Benin. El estudio de los documentos de los procesos que se intentaron contra un mercenario en ese país sería de gran utilidad.

8. Durante el debate, el Sr. Jagota (1962.ª sesión) y el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed (1963.ª sesión) han hablado, el primero del Código Penal de la India y el segundo del Código Penal del Sudán y en particular de las

disposiciones de esos códigos relativas a la tentativa, a la *conspiracy*, a la complicidad y a los cómplices por instigación o por asistencia. Aunque esos dos códigos se remontan a la época colonial, en ellos pueden encontrarse conceptos, sobre el juicio y el castigo de los criminales, sensiblemente diferentes de los conceptos europeos. En el país del Jefe Akinjide, Nigeria, la situación es la siguiente: en el norte del país, donde se invocan normalmente la jurisprudencia de la India y la jurisprudencia del Sudán y donde se utilizan regularmente las colecciones de leyes de esos países, se aplica un código análogo a los códigos de la India y del Sudán (Código Penal de Nigeria septentrional). Por el contrario, en el sur sigue en vigor el Código Penal de Nigeria meridional (calcado del Código Penal de Queensland en Australia). En muchos puntos, y en particular en materia de complicidad, de *conspiracy* y de tentativa, los Códigos de la India, del Sudán y de Nigeria septentrional son mucho más avanzados que las correspondientes legislaciones de Europa. El Jefe Akinjide recomienda también al Relator Especial que estudie esas leyes en su labor futura.

9. Africa y Asia aportan una contribución significativa al desarrollo del derecho internacional en lo que se refiere al tema en estudio. Si desconociera esa contribución la Comisión debilitaría su labor.

10. En cuanto al *apartheid*, el Jefe Akinjide estima que los miembros de la Comisión que se niegan a hacer de él un crimen no han presentado motivos convincentes que apoyen su posición; como el Sr. Koroma (*ibid.*) ha echado por tierra sus argumentos, no repetirá sus excelentes razonamientos.

11. Así pues, el Jefe Akinjide no está de acuerdo con Sir Ian Sinclair (1960.ª sesión). A su juicio, basta con remitirse a las diversas convenciones internacionales, a las resoluciones de las Naciones Unidas y a la Carta de las Naciones Unidas para comprobar que hay fundamentos para considerar el *apartheid* como un crimen. Por su parte, el pueblo inglés, que tiene una posición liberal, condena en su mayoría aplastante el *apartheid* y desea que se le ponga término. ¿Por qué entonces esas dudas en calificar el *apartheid* de crimen?

12. En un artículo reciente, el periódico de Londres *The Times* daba algunas de esas razones, siendo la primera que Sudáfrica contaba con un millón de blancos que tienen, además de su pasaporte sudafricano, un pasaporte británico. Por consiguiente, esos blancos podrían encontrar refugio en el Reino Unido si se vieran obligados a irse de Sudáfrica y se teme tener que acogerles en una isla ya superpoblada. Cualquiera que sea el valor de ese argumento, no es justo poner en la balanza de la justicia a los 26 millones de negros que no saben donde ir frente al millón de blancos que tienen dos pasaportes. Ese mismo periódico londinense añadía que en el Reino Unido había 250.000 empleos que dependían de las exportaciones con destino a Sudáfrica: en un país en el que hay 4 millones de parados, esos empleos tienen su importancia. El periódico subrayaba además que aparte del Mercado Común y de los Estados Unidos de América, Sudáfrica absorbía la mayor parte de las exportaciones del Reino Unido. Esas consideraciones de interés personal explican, sin justificarlas no obstante, las dudas en calificar de crimen el *apartheid*.

13. Al respecto, cabe señalar que las importaciones de Nigeria procedentes del Reino Unido son más importantes que las importaciones sudafricanas procedentes del mismo país. Además, en Nigeria viven varios miles de blancos y algunos de ellos tienen pasaporte nigeriano. El Jefe Akinjide está convencido de que si los negros toman el poder en Sudáfrica, los blancos podrán vivir allí en paz y sus intereses estarán plenamente protegidos.

14. El Jefe Akinjide señala que la creación del African National Congress data de 1912 —hecho que en general se olvida señalar— y que fue en 1910 cuando, gracias a la fundación de la Unión Sudafricana, el poder político fue transferido a 2 millones de blancos, frente a 20 millones de negros. Un proceso análogo tuvo lugar en 1923 en Rhodesia donde el poder fue transferido a 200.000 blancos en un país que contaba con 4 millones de negros. Pero nada podrá detener a los pueblos africanos en su marcha hacia la independencia y varios países gobernados antes por blancos —Kenya, Zimbabue, Zambia— son ahora gobernados por negros. En los Estados Unidos de América, la segregación fue abolida después de la segunda guerra mundial. Australia —conocida antes por su política de «Australia blanca»— es en la actualidad un decidido adversario del *apartheid*. En cuanto a Sudáfrica, tendrá que elegir entre el consentimiento a una evolución pacífica o la violencia y la revolución.

15. La cuestión es de las que no se puede examinar desde el punto de vista puramente jurídico; hay que pensar también en las consideraciones humanitarias. Se ha dado a entender durante el debate que los adversarios del *apartheid* eran demasiado emotivos o estaban demasiado preocupados por la política. Por su parte, el Jefe Akinjide no puede dejar de ser emotivo cuando se pierden millones de vidas humanas. En cuanto a la política, no se puede separar de ella el derecho internacional ya que éste procede de la política exterior. En consecuencia, el Jefe Akinjide recomienda vivamente a la Comisión que incluya el *apartheid* entre los crímenes que figuran en el proyecto de código; se felicita a ese respecto por la declaración del Sr. Reuter (*ibid.*) aun más notable si se piensa en el pasado colonial de Francia.

16. Tratándose de las armas nucleares, el Jefe Akinjide señala que todas las naciones sin excepción las condenan. Por consiguiente hay una contradicción manifiesta entre esa condena general y la negativa a que el uso de esas armas —o al menos su primer uso— sea declarado crimen de derecho internacional. A ese respecto, el Jefe Akinjide se muestra vivamente preocupado por el hecho de que con la ayuda de la informatización no habrá ninguna garantía de que una computadora provoque un ataque nuclear por error, como consecuencia de una alerta mal interpretada. En el proyecto de artículos habría que prever ese tipo de situaciones.

17. El Relator Especial ha tenido razón en basarse en la experiencia adquirida en Nuremberg y en Tokio. Ahora bien, no hay que olvidar que los vencedores que organizaron esos procesos también tenían culpas que explicar: los nazis mataron a millones de judíos pero las bombas atómicas destruyeron Hiroshima y Nagasaki.

18. El Sr. ILUECA señala que el examen de los principios generales que constituirán la plataforma jurídica,

moral y filosófica del proyecto de código enfrenta ineludiblemente a la Comisión con las normas relativas a los derechos humanos que en la época contemporánea se han incorporado a las reglas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados. Cabe señalar además que la rama del derecho internacional conocida antes por el nombre de leyes de la guerra se conoce en la actualidad con el nombre de derecho internacional humanitario.

19. Con motivo de la segunda guerra mundial se ha puesto en evidencia que tanto las potencias del Eje como las potencias aliadas bombardearon indiscriminadamente a civiles y objetivos civiles con el propósito de quebrantar la moral de las poblaciones. Las estadísticas sobre las pérdidas de vidas humanas demuestran además que murieron en combate 17 millones de soldados, marinos y aviadores frente a 18 millones de civiles. En la actualidad los peligros son incalculables: tras la hecatombe de Hiroshima y de Nagasaki, las armas nucleares dotadas de una capacidad de destrucción masiva mantienen un clima de terror.

20. Con esta perspectiva, los miembros de la Comisión deben considerar los principios generales, teniendo presente el mensaje transmitido por el Secretario General con motivo del Año Internacional de la Paz, a fin de expresar la común admiración de todos los pueblos por la paz y actuar con miras a alcanzar los propósitos de las Naciones Unidas.

21. El Sr. Illueca apoya la idea de definir los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad dentro del marco del derecho internacional público, con independencia del derecho nacional. Por ello, los autores de crímenes de derecho internacional y sus víctimas deben ser considerados sujetos de derecho internacional.

22. Es bien sabido que tradicionalmente el derecho internacional se concibió para regular en primer lugar los derechos y los deberes de los Estados entre sí. Sin embargo, la creación en los últimos 40 años de un considerable número de organizaciones internacionales de carácter permanente y el interés de la comunidad internacional en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales han dado lugar a la adopción de nuevas normas de derecho internacional encaminadas en particular a reprimir el genocidio y el *apartheid*, así como los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad.

23. Así pues, hay que aceptar la tesis de quienes sostienen que el derecho internacional está compuesto en su mayor parte por principios y las reglas de conducta aplicables por los Estados en sus relaciones mutuas, reglas que incluyen también las normas de derecho relativas al funcionamiento de las organizaciones internacionales, a sus relaciones mutuas y a sus relaciones con los Estados y los individuos, así como ciertas normas jurídicas relativas a los individuos y entidades no estatales, en la medida en que sus derechos y deberes son de interés para la comunidad internacional.

24. El Sr. Illueca, refiriéndose al capítulo I del proyecto de artículos, dice que el texto español no corregido del título I (Definición y calificación) no responde a la idea del Relator Especial de describir las características del crimen internacional. Al editarse el texto, debería

reemplazarse la palabra «calificación» por la palabra «tipificación» tanto en el cuarto informe (A/CN.4/398) como en el proyecto de artículos y más precisamente en el título I y en el título del proyecto de artículo 2, así como en la primera y en la última línea del texto de ese artículo.

25. Refiriéndose a la estrecha relación que el comentario del Relator Especial (*ibid.*, párr. 148) guarda con el proyecto de artículo 3, el Sr. Illueca estima también que habría que precisar en el título de ese artículo que debe tratarse de una sanción «penal». En el mismo comentario debe entenderse que el concepto de delincuente en derecho internacional no está limitado al individuo. A título de ejemplo, el Sr. Illueca se refiere a los términos del artículo 3 del Convenio IV de La Haya de 1907⁴ que estipula:

La Parte beligerante que violare las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su fuerza armada.

Asimismo, el párrafo 1 del artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ prevé la responsabilidad del Estado, del grupo y del individuo como autores potenciales de crímenes internacionales. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial⁶ da además de esos autores potenciales de crímenes internacionales una lista más amplia añadiendo la palabra «institución» al Estado, al grupo y al individuo (art. 12). La Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, de 1973, va aún más lejos al consignar en el artículo III que:

Se considerarán criminalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado [...].

26. Esos textos demuestran la estricta relación que existe entre la doctrina de los derechos humanos y las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados, relación que cobra evidentemente importancia en la formulación del proyecto de código, puesto que ciertos derechos humanos no pueden catalogarse como derechos individuales sino que tienen la categoría de derechos colectivos. Son, por ejemplo, el derecho de la libre determinación de los pueblos, consagrado en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en las resoluciones 1514 (XV) y 1803 (XVII) de la Asamblea General; el derecho de los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos a su existencia física como tales, que está reconocido en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948; el derecho de un grupo racial a no estar sujeto a la dominación y a la opresión sistemáticas de otro grupo racial, garantizado en la Convención de 1973 sobre el *Apartheid*; y el derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas al respeto de su integridad, proclamado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 326.

⁵ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 999, pág. 241.

⁶ Resolución 1904 (XVIII) de la Asamblea General, de 20 de noviembre de 1963.

27. El proyecto de artículo 3 propuesto por el Relator Especial encierra dos conceptos fundamentales que son la ilegalidad y la sanción, pero omite incluir uno de los elementos esenciales de la doctrina penal: la culpabilidad. Ahora bien es obvio que no puede imponerse la pena si no media la culpabilidad. El Relator Especial ha previsto garantías contra el *jus punendi* del Estado en su proyecto de artículo 6, pero es indispensable precisar ya en el proyecto de artículo 3 que no hay pena sin culpabilidad. Para que el autor del acto sea castigado, es imprescindible que comprenda y quiera la acción u omisión que se le imputa y es necesario que no pueda invocar a su favor ningún motivo de exclusión de la culpabilidad. Así pues, el Sr. Illueca propone que, en el proyecto de artículo 3, después de las palabras «será tenida por responsable», se añadan las palabras «siempre que se compruebe su culpabilidad».

28. Las garantías que puede hacer valer el acusado como persona y a que el Relator Especial alude (A/CN.4/398, párr. 149) están enunciadas en el proyecto de artículo 6. A ese respecto, el Sr. Illueca cita el párrafo 1 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷ y evoca el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, añadiendo que la Comisión deberá tratar de poner remedio, en sus trabajos, al vacío jurídico actual en materia de delincuencia colectiva por parte de los Estados, organizaciones, instituciones o grupos de personas.

29. En su cuadragésimo período de sesiones, la Asamblea General dio a la Comisión pautas claras y definidas sobre la cuestión de las víctimas individuales y colectivas al aprobar en su resolución 40/34 la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, fruto de los esfuerzos de varias reuniones de expertos y del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Según esta resolución, la Asamblea General no reconoce sólo la existencia de millones de víctimas de delitos y del abuso de poder sino que afirma también la necesidad de aprobar medidas en los planos nacional e internacional para hacer reconocer y respetar los derechos de esas personas. En el mismo orden de ideas, el Sr. Illueca se felicita por los proyectos de instrumentos internacionales formulados por el Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en la esfera del derecho penal y de la criminalidad internacional.

30. La existencia de diversas declaraciones o convenciones internacionales, tales como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁸ demuestra que la comunidad internacional sigue promulgando instrumentos que tienen indiscutible prelación sobre la costumbre internacional, en el proceso de determinar si la jurisdicción penal universal puede aplicarse o no a los autores de crímenes internacionales.

31. La definición de «víctimas del abuso de poder» que se hace en el párrafo 18 de la Declaración anexa a la resolución 40/34 tiene extraordinario interés para el

proyecto de código. La Comisión deberá tener también en cuenta, en su labor sobre la sanción penal, el párrafo 8 de la Declaración, que dice:

Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

La Declaración prevé en ese párrafo 12 que, cuando las víctimas no puedan ser indemnizadas por el delincuente o por otras fuentes, los Estados procurarán proporcionar la indemnización financiera correspondiente. El Sr. Illueca cita además el párrafo 10 de la Declaración que se refiere a los daños graves al medio ambiente y contiene elementos en los que podría inspirarse la Comisión.

32. La descripción de «abuso de poder» hecha por los expertos que se reunieron en Ottawa en 1984 para redactar el proyecto de declaración sobre justicia y asistencia para las víctimas destinado al séptimo Congreso podría también servir a la Comisión para identificar los crímenes que debe tratar en el proyecto de código:

Serán objeto de investigación los abusos de poder considerados como delitos con arreglo al derecho internacional, tales como delitos contra la paz, crímenes de guerra, delitos contra la humanidad, genocidio, *apartheid*, esclavitud, tortura, ejecuciones extralegales, desapariciones forzadas o involuntarias, y otras graves violaciones de los derechos humanos cometidas contra el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas. Serán sometidas a enjuiciamiento, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, las personas respecto de las cuales existan pruebas de que han cometido tales delitos, a menos que sean objeto de extradición a otro Estado que tenga autoridad para ejercer su jurisdicción con respecto a esos delitos. Las personas acusadas de tales delitos no podrán utilizar la excusa de «obediencia a órdenes superiores»⁹.

33. Pasando a los principios relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio, el Sr. Illueca dice que el Relator Especial llega a la conclusión de que «a falta de una jurisdicción internacional, debe admitirse el sistema de competencia universal para los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» (A/CN.4/398, párr. 176). A juicio del Sr. Illueca, se impone la creación de una jurisdicción penal internacional para hacer respetar los derechos fundamentales de los acusados como el de ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, el de que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y el de asegurarle todas las garantías necesarias para su defensa. El Sr. Illueca preferiría que, en su informe sobre su 38.º período de sesiones, la Comisión empleara para formular los principios relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio la expresión «jurisdicción universal para los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» en lugar de «competencia universal para los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad».

34. Es evidente que el principio de la universalidad de jurisdicción que se consigna en el párrafo 1 del artículo 4 está ligado al concepto de que el Estado debe juzgar a la persona acusada de un crimen que se encuentra en su territorio o conceder su extradición hacia un Estado dispuesto a ejercer su jurisdicción penal.

⁷ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

⁸ Resolución 39/46 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1984, anexo.

⁹ A/CONF.121/IPM/4, anexo I, proyecto de declaración, art. VIII, párr. 1.

Mientras no se establezca la jurisdicción penal internacional, es totalmente razonable imponer el principio de la universalidad de jurisdicción. En el caso de la toma de rehenes, que da también lugar a una jurisdicción universal obligatoria —a diferencia de la piratería que se presta sólo a una jurisdicción universal facultativa— la CIJ declaró:

[...] El hecho de privar abusivamente a seres humanos de su libertad y someterlos a coacción física en condiciones penosas, es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. [...]º.

Esta afirmación de la Corte plantea ciertos interrogantes para quienes aducen que la Declaración Universal de Derechos Humanos es una resolución de la Asamblea General y que no tiene, por lo tanto, fuerza obligatoria. ¿Acaso ha adquirido esa fuerza con el correr del tiempo? ¿Es no es una fuente de derecho? Las prácticas que van contra la vida, la libertad y la seguridad de las personas ¿violán o no las normas legales internacionales? ¿Se trata de la violación de principios que están reconocidos por el derecho internacional general?

35. En cuanto a la aplicación de la ley penal en el tiempo, el Relator Especial prevé el principio de la irretroactividad y de la imprescriptibilidad de los crímenes previstos en el código, principios que examina minuciosamente bajo el prisma del derecho internacional contemporáneo (*ibid.*, párrs. 150 a 172). El principio de la irretroactividad (*ibid.* párrs. 151 a 163) aparece concretamente en el proyecto de artículo 7, al que se referirá después de hacer algunas observaciones sobre el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

36. El principio de la legalidad encuentra sus raíces en la lucha que a través de los siglos han llevado adelante los pueblos deseosos de institucionalizar su seguridad jurídica frente al ejercicio arbitrario del poder y, más precisamente, incitar a los gobiernos a hacer un uso más equilibrado del derecho punitivo. La historia pone en evidencia que el principio según el cual no hay pena sin ley no proviene ni del derecho romano, ni del derecho germánico, ni del canónico, ni siquiera de la fusión de esos tres regímenes en la Edad Media: es en Inglaterra, en la Carta Magna de 1215, donde aparece por primera vez, y en la Revolución francesa adquiere toda su amplitud en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. No obstante, hay que rendir homenaje al criminalista italiano Beccaria, que lo había enunciado en 1764 en su obra *De los delitos y de las penas* y al jurista alemán Feuerbach, quien acuñó la fórmula latina tan conocida en un tratado de derecho penal publicado en 1801. Ese mismo principio se consagra en la *Bill of Rights* de los Estados Unidos de América, en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración de Principios Fundamentales de Código Penal Tipo para América Latina.

37. En cuanto al proyecto de artículo 7, el texto del párrafo 1 podría mejorarse añadiéndole las palabras «conforme a las disposiciones del presente Código».

º Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, Fallo de 24 de mayo de 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 42, párr. 91.

Respecto al texto del párrafo 2, sigue muy de cerca el del párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero el Sr. Illueca desearía saber por qué se dice «en virtud de los principios generales del derecho internacional», cuando la fórmula del Pacto es «según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional».

38. El proyecto de artículo 5 plantea sin equívoco y sin objeción posible el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de conformidad con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Sería conveniente, en el mismo orden de ideas, que el Relator Especial incluyera un nuevo proyecto de artículo en el cual se dejase bien definido que los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad, como se afirma en el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración sobre el Asilo Territorial¹¹ y en el principio 7 de los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad¹².

39. Las excepciones al principio de la responsabilidad que se prevén en el proyecto de artículo 8 son materias eminentemente técnicas, que exigen un detenido examen. En realidad se trata de causales de exclusión de culpabilidad sobre las cuales el Sr. Illueca volverá a referirse a su debido tiempo. Asimismo se reserva el derecho de volver sobre el proyecto de artículo 9 que trata de una cuestión muy delicada, sobre la cual el Sr. Ogiso (1961.ª sesión) ha formulado prudentes observaciones.

40. El Sr. FLITAN, examinando los principios generales que constituyen la parte IV del informe (A/CN.4/398), señala que aprueba sin reservas los principios relativos a la naturaleza jurídica de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En efecto, se trata de crímenes de derecho internacional, definidos directamente por éste, independientemente de los derechos internos. Además, esos principios son conformes a los anunciados en las disposiciones del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

41. En lo que se refiere a los principios relativos a la naturaleza del delincuente internacional, el Sr. Flitan reafirma que el código debería aplicarse en primer lugar y sobre todo a los Estados. Es cierto que la Asamblea General pidió a la Comisión que por el momento se atuviera a la responsabilidad penal de los individuos, sin prejuzgar la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. Pero, en realidad, al elaborar disposiciones que se refieren únicamente a los individuos no se siguen verdaderamente las instrucciones de la Asamblea General y en cierta manera se prejuzga sobre la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. En efecto, un código aplicable sólo a los individuos no tendría al efecto disuasivo deseado y no sería de gran utilidad.

¹¹ Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1967.

¹² Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1973.

42. En lo que se refiere a las garantías de que debe gozar el acusado habría que mencionar expresamente en el proyecto de artículo 6 los derechos de la defensa, o más exactamente la obligación de garantizar al acusado la defensa que desea y quizás precisar también que cada proceso debe desarrollarse ante una instancia jurisdiccional. Desde el punto de vista de la redacción puramente, habría que añadir además, en el texto mismo del proyecto de artículo, después de la palabra «garantías», el adjetivo «jurisdiccionales», que se encuentra ya en el título. Pero es ésta una cuestión que tendrá que solucionar el Comité de Redacción.

43. La aplicación de ley penal en el tiempo pone en juego dos principios: la irretroactividad de la ley penal y la imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En lo que se refiere a la irretroactividad, el Sr. Flitan comparte totalmente el punto de vista del Relator Especial según el cual la norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es aplicable en derecho internacional, quedando entendido que en esa expresión el término *lex* no designa sólo el derecho escrito sino también la costumbre y los principios generales de derecho.

44. El principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no suscita ninguna controversia en la Comisión y no requiere que se hagan sobre él observaciones particulares.

45. En lo que se refiere a los principios relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio, el Sr. Flitan no tiene inconveniente en que el Código consagre el principio de la universalidad de jurisdicción. Pero la Comisión debe tener en cuenta casos recientes que demuestran que en Francia, en Yugoslavia y en Israel, en particular, se tiende a reconocer la competencia del juez de la nacionalidad de la víctima en lugar de la del tribunal del lugar de detención.

46. En cuanto a los principios relativos a la determinación y al alcance de la responsabilidad, el Relator Especial indica (*ibid.*, párrs. 255 a 258) que no ha estimado oportuno extenderse sobre las circunstancias atenuantes y las circunstancias eximentes por estar relacionados estos conceptos con la aplicación de la pena, es decir con una cuestión que es de la incumbencia del juez. El Sr. Flitan no comparte totalmente este punto de vista. A su juicio, cualquiera que sea la jurisdicción que ha de conocer de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el juez necesitará encontrar en el código indicaciones lo más precisas posible sobre las penas aplicables.

47. Respecto a las excepciones a la responsabilidad penal, el Relator Especial tiene razón en decir (*ibid.*, párrs. 190 a 196) que la coacción, el estado de necesidad y/o la fuerza mayor no pueden eximir al autor del crimen de su responsabilidad más que a condición de que haya habido un peligro grave e inminente, que no haya contribuido él mismo a ese peligro y que no haya desproporción entre el interés sacrificado y el interés protegido. Pero, en el caso de la coacción, quizá sería conveniente precisar que es necesario que el autor del crimen no contara con otro medio de escapar al peligro previsto. Es evidente además que esta excepción no puede aplicarse para los crímenes contra la paz y para los crímenes

contra la humanidad, cuyas consecuencias no están en proporción con las de cualquier otro acto o hecho. En lo que se refiere a la fuerza mayor, el Sr. Flitan estima que se le debe dedicar una disposición especial.

48. En cuanto al error, ya sea de derecho o de hecho, el Relator Especial estima (*ibid.*, párr. 215) que puede eximir de la responsabilidad de un crimen de guerra. Sin embargo, el Sr. Flitan no está seguro de que esa excepción tenga su lugar en un código que trata de castigar los crímenes más graves.

49. En lo que se refiere a la orden del superior jerárquico y más precisamente a su relación con el error, el Sr. Flitan considera que el obediencia, por error de derecho o de hecho, a un orden ilícita no puede constituir una excepción aceptable.

50. En cuanto a las represalias y a la legítima defensa, sería conveniente que en el proyecto de código se previera expresamente que las represalias armadas son contrarias al derecho internacional.

51. Por último, aunque estima que debe tratarse la serie de infracciones, las circunstancias atenuantes y las eximentes en el título II del capítulo I del proyecto de código, dedicado a los principios generales, el Sr. Flitan duda sobre el fundamento de la propuesta encaminada a incluir en esa parte general las disposiciones relativas a otras infracciones. A ese respecto, señala que en los códigos penales internos, las formas de participación se prevén siempre en relación con las infracciones a las que corresponden. Sería ilógico tratar, en la parte general del proyecto, de las formas de participación en crímenes que se examinan después en el capítulo II. Lo normal sería enunciar las infracciones antes de tratar de las formas de participación en esas infracciones.

52. Sir Ian SINCLAIR, refiriéndose a la parte IV del informe (A/CN.4/398), agradece al Relator Especial que haya dedicado una sección a los principios generales. En efecto, Sir Ian ha aprobado siempre la idea de que la Comisión, a la vez que establecía una lista de crímenes destinada a figurar en el proyecto de código, debía, paralelamente, examinar los principios generales. Este método permite comprobar si la presencia de un crimen determinado se justifica respecto a los principios generales propuestos y, al mismo tiempo, apreciar esos principios a la luz del posible contenido de la lista de crímenes.

53. Sin Ian decide abordar en primer lugar el proyecto de artículo 4, que trata del concepto de universalidad de jurisdicción respecto a crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Para ello hay dos razones: en primer lugar, Sir Ian no puede aceptar que la universalidad de jurisdicción sea elevada al rango de principio general; en segundo lugar, la cuestión de determinar cómo se aplicará el proyecto de código suscita problemas de importancia esencial para la labor de la Comisión.

54. En su informe (*ibid.*, párr. 173), el Relator Especial se refiere con razón a los principios fundamentales que determinan las reglas de competencia. En primer lugar, la competencia penal puede proceder —y procede efectivamente— del principio de la territorialidad. También puede proceder del principio de la nacionalidad. Pero el principio según el cual cada Estado tendría

capacidad para ejercer su competencia penal sobre extranjeros por crímenes cometidos fuera de su territorio y que no afectan ni comprometen su seguridad nacional hasta el presente, en derecho internacional general, se limitaba a la piratería, salvo en las convenciones expresamente consagradas a la represión de ciertos tipos de crímenes. Así pues, no se podría afirmar que la universalidad de jurisdicción es un principio general de derecho: es más bien una excepción limitada que se hace a otros principios. Sir Ian no puede aceptar, en consecuencia, que la universalidad de jurisdicción, en el sentido en que aparece ese concepto en el párrafo 1 del artículo 4 sea elevado al rango de principio general aplicable a todos los crímenes que se puedan incluir en el proyecto de código.

55. En realidad, sería deseable que el Relator Especial reflexionase profundamente sobre la cuestión fundamental de cómo debe aplicarse el proyecto de código. No es ésta una cuestión que se pueda solucionar superficialmente en el contexto de los principios generales. Si se quiere que los trabajos de la Comisión sean útiles y no se reduzcan a una declaración hueca, hay que abordar seria y objetivamente el problema de su aplicación. Se ha dicho que había dos opciones posibles: la universalidad de jurisdicción o la creación de un tribunal penal internacional. Por su parte, Sir Ian no puede aceptar el concepto de universalidad de jurisdicción, al menos aplicado a los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad y tiene grandes reservas en cuanto a la aplicabilidad de ese concepto a los crímenes de guerra. Respecto a los crímenes contra la paz, por ejemplo, ¿llegarán a tener capacidad los tribunales de un Estado para juzgar a los dirigentes de otro Estado o a sus subordinados —y quizá incluso juzgarles por defecto— por un crimen de agresión o por participación en un crimen análogo? No se puede imaginar un caso más contrario a la paz y a la seguridad de la humanidad: ello sería fuente de conflictos permanentes, cuyo inconveniente superaría en mucho a toda ventaja que pudiera resultar de la aplicación del código en esas condiciones. Lo mismo puede decirse respecto a los crímenes contra la humanidad. Las razones que incitaron a los redactores de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio a abstenerse de enunciar el principio de la universalidad de jurisdicción para la represión del crimen de genocidio son tan válidas en la actualidad como lo eran hace 35 años.

56. Sir Ian no comparte la convicción de sus colegas para quienes el código presentaría un interés disuasivo incluso en ausencia de disposiciones concretas relativas a su aplicación. Otros órganos de las Naciones Unidas pueden pronunciar condenas generales relativas a actos ya condenados por la comunidad internacional. Pero el mandato de la Comisión es más estricto: la Comisión ha de redactar un código de crímenes contra la paz y la seguridad que se pueda aplicar con eficacia e imparcialidad.

57. Así pues, un tribunal penal internacional sería el mejor medio de garantizar esta aplicación. A ese respecto, Sir Ian no puede estar de acuerdo con el Sr. Arangio-Ruiz (1962.ª sesión), que estima que, aunque la creación de un tribunal internacional a la larga sea la mejor solución, sería conveniente mientras tanto mantener la solución de la universalidad de jurisdicción.

Incluso con carácter provisional y en espera de la creación de un tribunal penal internacional, la universalidad de jurisdicción no es una solución aceptable. Como ha dicho el Sr. Razafindralambo (1963.ª sesión), hay que invitar a la Asamblea General a que cumpla con la responsabilidad que tiene hacia la Comisión. Hace tres años se pidió a la Asamblea que indicara si la Comisión debía considerar que su mandato incluía la elaboración del estatuto de un tribunal penal internacional¹³. La Asamblea General todavía no ha dado su respuesta y habría que reiterar esa petición. Por su parte, Sir Ian está convencido de que el código no podrá aplicarse más que si un tribunal penal internacional tiene competencia para juzgar las infracciones en él previstas. Está muy consciente de las objeciones políticas y de otra índole con que tropezará esa propuesta, pero si la comunidad internacional no está dispuesta a prever la creación de un tribunal de ese tipo no debe pedir a la Comisión que elabore un código de crímenes que sólo serían crímenes sobre el papel. La Comisión tiene una reputación que debe salvaguardar. La idea de un código penal sin armas es irrisoria y constituye un insulto a la inteligencia del derecho. Cualesquiera que sean los obstáculos, políticos o de otra índole, los miembros de la Comisión faltarían a su deber si no renovasen la petición que hicieron a la Asamblea General en 1983 para que les aclarase ese aspecto de la cuestión. Mientras tanto, Sir Ian seguirá oponiéndose decididamente a que se aplique el concepto de universalidad de jurisdicción a los crímenes que figuran en el código, salvo en la medida en que las convenciones en vigor pudieran imponer la obligación de incoar procedimientos o aplicar la extradición por ciertas infracciones, definidas precisa y claramente.

58. En el artículo 2, el principio enunciado en la primera frase no plantea dificultades, pero no es así el caso en la segunda frase: «El hecho de que una acción u omisión sea o no punible en el derecho interno no prejuzga esa tipificación.» Se puede aceptar esa frase si no hace más que enunciar un principio relativo a la calificación de la acción. Pero suscita inmediatamente la siguiente pregunta: ¿qué sucederá si una persona es procesada en virtud del derecho interno por una infracción que es o que podría ser también un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad? En su anterior intervención sobre la cuestión que se examina (1960.ª sesión), Sir Ian subrayó que era importante no confundir los crímenes de derecho común con los crímenes contra la humanidad. Pero la distinción no es fácil e incluso puede resultar imposible en ciertos casos. ¿Quedaría expuesta esa persona a una doble acción judicial? ¿Y que ocurre con el principio general de derecho *non bis in idem*? No es absolutamente cierto que se encuentre la respuesta en el proyecto de artículo 6, que trata de las garantías jurisdiccionales. La cuestión de la relación entre los crímenes de derecho común y los crímenes que se inscriban en el código merece, pues, ser examinada en su conjunto y Sir Ian acogerá con satisfacción las explicaciones complementarias que el Relator Especial quiera dar sobre ese aspecto del tema: no hay duda de que ese problema está relacionado íntimamente con la cuestión de la aplicación del código; pero no se debe olvidar que, según el texto actual, las personas pueden quedar expuestas a una doble acción judicial.

¹³ *Anuario...* 1983, vol. II (segunda parte), pág. 17, párr. 69 c.

59. El Relator Especial expone sucintamente en su informe (A/CN.4/398, párrs. 164 a 172) las razones por las que propone en el artículo 5 la norma de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, norma que hay que examinar muy atentamente. Cabe señalar al respecto que sólo 24 Estados son partes en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, y que de esas adhesiones sólo dos son posteriores a 1980. No es que ello sea una razón determinante para no incluir ese principio en el proyecto de código, pero da lugar a reflexión. La cuestión esencial es determinar cómo llegar a un equilibrio entre consideraciones contradictorias: por una parte, velar a fin de que crímenes tan graves y terribles no queden sin castigo pese al tiempo transcurrido; por otra parte, tener suficientemente en cuenta la dificultad de reunir pruebas convincentes a irrefutables contra un individuo cuando la mayoría de los testigos han muerto o se corre el riesgo de que no tengan más que un recuerdo confuso de hechos ocurridos en un pasado lejano. Por el momento, Sir Ian reserva su posición sobre el principio propuesto; pero duda de que éste obtenga un apoyo lo suficientemente amplio como para ser incorporado en el código.

60. Sir Ian, recordando lo que ya ha dicho respecto al proyecto de artículo 6, se congratula de que el Relator Especial haya indicado la necesidad de prever garantías jurisdiccionales. Evidentemente todo depende de la forma en que se aplique el código. Si, como cabe esperar, se hace mediante un tribunal internacional, las garantías necesarias a un juicio equitativo serán expuestas detalladamente en el estatuto de ese tribunal. Para Sir Ian, el proyecto de artículo 6 no es más que un jalón para la continuación de los trabajos de la Comisión, ya que tal como está redactado en la actualidad, ese artículo sería totalmente insuficiente si el código fuera aplicado por tribunales nacionales o sobre la base de la universalidad de jurisdicción. Dada la naturaleza de ciertos crímenes que figurarán en el código no se acierta a comprender cómo podría un tribunal nacional dictar un fallo justo de hecho y de derecho. Según un adagio muy conocido del *common law* no basta con administrar justicia: es necesario también que ésta sea evidente. Ahora bien, incluso si, en las condiciones particulares de la aplicación del código, un tribunal nacional administrara justicia respecto a un extranjero acusado de haber cometido un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad fuera del territorio del fuero, el acto de justicia no sería evidente. Las garantías jurisdiccionales son importantes pero deben ser incluidas en el estatuto de un tribunal penal internacional que tenga competencia exclusiva o casi exclusiva para juzgar crímenes que entran en el ámbito del código.

61. El proyecto de artículo 7, que trata de la no retroactividad del derecho penal plantea menos dificultades. A ese respecto, es inútil abordar la cuestión compleja de si el estatuto del tribunal de Nuremberg hizo excepción a la norma *nullum crimen sine lege*, aun cuando puedan invocarse muchos argumentos —que han sido invocados— en favor de la idea contraria. A juicio de Sir Ian, el artículo 7 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos que cita el Relator Es-

pecial (*ibid.*, párr. 162) expresa con precisión el principio general de derecho penal que se debate.

62. El proyecto de artículo 8, por el contrario, suscita ciertos problemas. En principio no hay nada que decir sobre el apartado *a* del párrafo 1 de ese artículo, que corresponde al artículo 3 del proyecto de código de 1954. Sir Ian señala simplemente que la presencia de esa disposición refuerza los argumentos en favor de la creación de un tribunal penal internacional para juzgar las infracciones previstas en el código, en particular las que comprometen la responsabilidad penal de los jefes de Estado o de gobierno. El apartado *c*, por su parte, corresponde, en forma modificada, al artículo 4 del proyecto de código de 1954 y el Relator Especial explica (*ibid.*, párrs 217 a 226) la relación entre la orden recibida de un superior jerárquico y la coacción, indicando hasta qué punto la coacción bajo la cual obedece un subordinado a la orden manifiestamente ilícita de un superior jerárquico podría eximir a ese subordinado de su responsabilidad penal. Es ésta una cuestión difícil. La excepción de la orden dada por un superior jerárquico ha sido invocada en casi todos los procesos sobre los crímenes de guerra de los que queda evidencia. Lo que por otra parte es natural: dadas las relaciones estrictamente jerárquicas que existen en toda unidad militar, el respeto de la orden dada por un superior jerárquico debe constituir una norma. En realidad la desobediencia es en sí misma una infracción en virtud de los códigos de justicia militar. No obstante, Sir Ian puede aceptar que la obediencia a una orden manifiestamente ilícita no pueda eximir al autor del acto de su responsabilidad penal. Ni siquiera está convencido de la validez de la excepción de la coacción aunque esté dispuesto a dejarse persuadir por los argumentos del Relator Especial (*ibid.*, párrs. 219 a 225), al menos en lo que se refiere a los crímenes de guerra. Como quiera que sea, habrá que estudiar más de cerca el texto del proyecto de artículo 8.

63. En cuanto a la responsabilidad del superior jerárquico, a que se refiere el proyecto de artículo 9, Sir Ian estima que se podría solucionar esa cuestión mediante la aplicación del concepto de complicidad como otra infracción, por lo que no se impone un artículo separado.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1965.ª SESIÓN

Jueves 12 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Calero Rodrigues, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Jagota, Sr. Koroma, Sr. Laclea Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Sucharitkul, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Ushakov, Sr. Yankov.
