

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 e 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.

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) (continuación)

1. El Sr. LACLETA MUÑOZ señala que la elaboración de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad fue la primera tarea confiada a la Comisión. Se trataba entonces de confirmar las decisiones del Tribunal de Nuremberg y sobre todo de dejar sentado el principio de la existencia del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, en otras palabras, de institucionalizarlo, de forma que no se pudiera invocar la norma *nullum crimen sine lege* para no sancionar ese tipo de crímenes. Pero para llevar a buen término su labor, que naturalmente debía emprenderse en el marco de la organización internacional creada después de la segunda guerra mundial, es decir las Naciones Unidas, había que esperar a que esta Organización y más precisamente la Asamblea General definiera la noción de agresión, que está relacionada con los conceptos de seguridad colectiva y de intervención armada contra el autor de la agresión, con el principio de la descolonización, etc.

2. Desgraciadamente, el proyecto que se examina no constituye ningún progreso en ese sentido. Pero no hay que culpar de ello a la Comisión. En efecto, si ella no pudo tratar de la responsabilidad de los Estados en el proyecto de código ni prever un mecanismo de aplicación, es decir una jurisdicción, y si por lo tanto se ve reducida a efectuar una mera tarea de codificación, se debe a las observaciones que han sido formuladas por los Estados y a las directrices que le ha dado la Sexta Comisión de la Asamblea General.

3. En cuanto a los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial, la primera observación del Sr. Lacleta Muñoz es de carácter general. Por haberse descartado la cuestión de la responsabilidad de los Estados, el código ha de referirse únicamente a los individuos. Ahora bien, en varias disposiciones no se ha podido evitar utilizar la fórmula «el hecho de que las autoridades de un Estado...». Así pues, los hechos considerados son imputables al Estado.

4. En lo que se refiere al proyecto de artículo 4, no hay duda de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una infracción universal. Pero, en la segunda frase del párrafo 1 no se acierta a comprender qué se quiere decir con las palabras «todo Estado en cu-

yo territorio haya sido detenido el autor de un crimen». No se puede hablar más que del supuesto autor o de la persona de la que se sospecha que ha cometido un crimen. Nada en el proyecto de código permite determinar quién es el «autor». Ello se debe además al hecho de que el proyecto de código se limita a consagrar el principio de la competencia universal, lo que no es absolutamente satisfactorio, en lugar de prever un mecanismo jurisdiccional.

5. En el proyecto de artículo 8 se prevé la legítima defensa, pero ¿se trata de la legítima defensa individual o de la legítima defensa del Estado? Se vuelve a encontrar ahí el problema de la distinción entre el hecho del Estado y el hecho del individuo. Sin duda se trata del acto criminal que se comete en el ejercicio del derecho a la legítima defensa del Estado y que, por ello, pierde su carácter criminal. Pero es éste un punto que hay que precisar.

6. El proyecto de artículo 9 prevé la responsabilidad del superior jerárquico, lo que parece ser una buena solución, preferible en todo caso a la que consistiría en retener el concepto de complicidad. Así pues, no se comprende cómo se puede prever la complicidad para actos en que participan un superior jerárquico, y un subordinado, sobre todo cuando lo que está en juego es el comportamiento de los órganos del Estado.

7. En el proyecto de artículo 13, el Sr. Lacleta Muñoz no ve ningún inconveniente en utilizar la expresión «crimen de guerra». Es cierto que por ser ilícita la guerra, habrá quien acepte difícilmente que se califiquen de crímenes actos cometidos en el curso de una conducta que en sí está fuera de la ley y que la comunidad internacional ha prohibido. Pero desgraciadamente la guerra es una realidad de la que no se puede hacer abstracción. Además la expresión consagrada «crimen de guerra» parece preferible a la fórmula «crimen en caso de conflicto armado». Bastaría con precisar en el comentario del artículo que la Comisión es consciente de que en la actualidad la «guerra» ya no es un concepto jurídico.

8. En lo que se refiere a los actos que constituyen crímenes contra la paz, no se acierta a comprender cómo, en el caso de la agresión, el provocar un ataque contra el territorio de un Estado podría ser el hecho de personas que no fuera las «autoridades de un Estado» que son las que tienen el poder de decisión. En efecto, no se puede exigir que en un ejército cada soldado se pregunte si la orden que recibe es lícita y si la puede ejecutar sin riesgo de ser perseguido por participar en un acto de agresión. El mismo problema se plantea además respecto a otras disposiciones. En general, no se puede esperar de cada individuo que adopte una conducta heroica y se niegue a ejecutar una orden que él considera que no está conforme con las obligaciones que incumben en realidad al Estado en virtud de las disposiciones del código. Es éste un problema sumamente grave que habrá que tener en cuenta al menos en la fase de la interpretación.

9. En el proyecto de artículo 11 el Relator Especial se ha limitado a repetir los términos de la Definición de la agresión⁴, absteniéndose, sabia y lógicamente, de prever

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).

⁴ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo.

el procedimiento que hay que seguir y en particular los medios de acción de que dispone el Consejo de Seguridad en caso de agresión. En consecuencia, la interpretación y la aplicación del artículo 11 suscitarían dificultades y dado que, en virtud del proyecto de artículo 4 los jueces de diversos Estados tendrían que aplicar el código, se corre el riesgo de llegar a resultados bastante sorprendentes. Podría ocurrir, por ejemplo, que un juez condenase a una persona sobre la base del párrafo 5 del artículo 11 y que el Consejo de Seguridad concluyera, por el contrario, que el acto que ha entrañado la condena de esa persona no constituye una agresión. Ese ejemplo demuestra lo difícil que será aplicar el código antes de haber resuelto la cuestión de la jurisdicción y fijado las modalidades de aplicación de sus disposiciones.

10. El Sr. Laclata Muñoz no tiene inconveniente en que se mencione la «amenaza de agresión» en el párrafo 2 del proyecto de artículo 11. Por el contrario, en el apartado *b* del párrafo 3, la fórmula «el hecho de ejercer presiones» le inspira viva inquietud, ya que queda incluido un comportamiento que es totalmente normal y que constituye incluso un aspecto esencial de la diplomacia. Cualquier Estado puede ejercer presiones para obtener de otro Estado una determinada ventaja. Así pues, sería conveniente modificar ese apartado. El párrafo 4 en su conjunto es satisfactorio y es en él donde aparece mejor el concepto de responsabilidad individual. Es cierto que en el párrafo 5 es necesario mencionar la violación de las obligaciones que se derivan de los tratados en vigor. Pero también en este caso se plantea la cuestión de determinar quién podrá aplicar esa disposición. En efecto, la violación prevista en este párrafo es cometida por las autoridades de un Estado que actúan en el marco de la política de ese Estado. En los procesos de Nuremberg, ese problema no se planteó por la razón de que el país de que se trataba había quedado sometido por las armas. Pero el día en que el código entre en vigor, ¿quién fijará y quién aplicará las sanciones, si el Estado de que se trate no ha sido sometido y si el código no prevé al menos que el Estado debe entregar al culpable o los culpables? Además, incluso si se incorporase a ese efecto una disposición en el proyecto de código, el Estado, en el caso previsto en ese párrafo 5, no la aceptaría ya que el culpable habría actuado en el marco de la política que él mismo habría definido.

11. El proyecto de artículo 12, que se limita a codificar reglas generalmente admitidas, parece aceptable. En lo que se refiere a la definición del *apartheid*, en el párrafo 2, el Sr. Laclata Muñoz estima que se debería mantener la que se propone en la segunda variante, suprimiendo no obstante la referencia al África meridional, ya que el *apartheid* es un crimen que puede cometerse en cualquier parte del mundo.

12. En lo que se refiere a los crímenes de guerra, el Sr. Laclata Muñoz se muestra partidario de la segunda variante del proyecto de artículo 13, que se refiere expresamente al empleo ilícito de armas. Pero, a su juicio, la Comisión no puede ni debe ir más lejos. Si bien el uso del arma nuclear constituye indudablemente un crimen en el plano moral, no se puede considerar así desde el punto de vista jurídico, ya que desgraciadamen-

te todavía no ha sido prohibido por normas positivas de derecho internacional.

13. En el título IV del capítulo II, el Relator Especial no ha previsto disposiciones relativas a las circunstancias atenuantes o eximentes, estimando que no tenían lugar en un proyecto de código que no establece penas (A/CN.4/398, párr. 256). Es cierto que las circunstancias atenuantes o eximentes tienen por objeto modificar la pena aplicable. No obstante, debería ser posible describir ciertas circunstancias atenuantes o eximentes sin hacer en cambio referencia a la pena.

14. El Sr. USHAKOV se declara muy decepcionado por los proyectos de artículos, que no representan ningún progreso en relación con el proyecto de código de 1954, respecto al cual el Relator Especial se ha mantenido demasiado fiel. Ahora bien, desde entonces, el derecho internacional, la doctrina y la práctica de los Estados han evolucionado, lo que se debería haber tenido en cuenta.

15. El Relator Especial ha repetido incluso las faltas lingüísticas y los errores de traducción observados en la versión francesa del texto de 1954, que había sido redactado en inglés. Así pues, la fórmula «Le fait, pour les autorités d'un Etat, de préparer [...] d'organiser, d'encourager» que figura en los párrafos 3 y siguientes del artículo 2 del proyecto de 1954 y se encuentra en el nuevo proyecto de artículo 11 es una traducción de la fórmula inglesa «The preparation [...], the organisation or the encouragement of the organisation, by the authorities of a State [...]». Asimismo, en el artículo 1 del nuevo proyecto, la expresión «crimes de droit international», traducción francesa de la expresión inglesa «crimes under international law» utilizada en el texto de 1954, es incorrecta. Habría que decir «crimes en vertu du droit international». En efecto, el «crimen penal» cometido por un individuo —en la Unión Soviética se utiliza en la doctrina el concepto de «crimen penal» por oposición al «crimen civil» o al «crimen administrativo»— es un crimen *en virtud* del derecho internacional y no un crimen *de* derecho internacional, que sólo un Estado puede cometer y que supone la violación de normas de derecho internacional.

16. Esos errores que se refieren sólo a la forma son fáciles de corregir. Desgraciadamente el Relator Especial ha seguido muy de cerca el proyecto de 1954 en cuanto al fondo, lo que es más grave. En efecto, en aquella época era evidente que los crímenes internacionales previstos en el proyecto de código eran crímenes cometidos por los individuos. El concepto de crimen internacional del Estado no había entrado todavía en el derecho internacional; sólo se encontraba en la doctrina. Pero desde entonces la situación ha cambiado y la misma Comisión en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados hizo la distinción entre dos categorías de hechos internacionalmente ilícitos, a saber, los crímenes internacionales de los Estados y los delitos internacionales de los Estados. Así pues, cuando se emplea, la expresión «crímenes internacionales», en adelante será necesario precisar si los crímenes previstos son los crímenes de Estado o los «crímenes penales» de los individuos. Tal como está redactado, el proyecto de código en estudio es híbrido. No se

aplica ni totalmente a los Estados ni totalmente a los individuos.

17. Los proyectos de artículos dedicados a los principios generales, que disponen en particular que «todo Estado en cuyo territorio haya sido detenido el autor de un crimen [...] tiene el deber de someterlo a juicio o de conceder su extradición» (proyecto de artículo 4) y que «el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es, por naturaleza, imprescriptible» (proyecto de artículo 5), así como las disposiciones relativas a las otras infracciones y en particular la conspiración (*complot* o *conspiracy*) (proyecto de artículo 14), se refieren indudablemente a crímenes cometidos por individuos: el Estado, en calidad de tal, no puede ser objeto de detención ni fomentar un complot.

18. Por el contrario, los proyectos de artículos 11, 12 y 13, relativos a los actos que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no se refieren casi nunca al comportamiento de individuos. De ese modo, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 11, que prevé que «el hecho de que las autoridades de un Estado cometan un acto de agresión» constituye un crimen contra la paz, el hecho que está en juego es necesariamente el hecho del Estado. En efecto, la expresión «las autoridades de un Estado», que por otra parte no se define en ningún lugar en el proyecto de código, no designa ciertamente el conjunto de funcionarios del Estado ni siquiera los miembros del gobierno, que no pueden ser responsables en calidad de agentes del Estado de un acto de agresión cometido por el Estado. Por ejemplo, en el caso de los ministros puede suceder que uno de ellos o varios de ellos no hayan sido informados de que se ha iniciado una agresión. Incluso el jefe de Estado puede no haber tomado parte en la iniciación del acto de agresión y puede no haber sido informado: ello depende de sus funciones y del alcance de los poderes de que dispone.

19. Ahora bien, en el proyecto de código no se trata de incluir los crímenes internacionales de los Estados. En caso de que la Comisión deseara hacer una lista, limitativa o no, de los crímenes internacionales de los Estados —lo que no parece imponerse de momento— no podría hacerlo más que en el marco del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados y sobre la base del artículo 19 de la primera parte de ese proyecto que define el hecho internacionalmente ilícito del Estado que puede ser un crimen internacional o un delito internacional.

20. Si se desea que el proyecto de código pueda, como debería, referirse a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cometidos por individuos, es necesario precisar también cuáles son los comportamientos, los actos que entran en esa categoría de crímenes y cuáles son las personas a las que se pueden imputar esos comportamientos o esos actos. En efecto, cada uno puede responder sólo de sus propios actos. Si el código no es lo suficientemente preciso sobre ese punto será imposible perseguir, condenar y castigar a los autores de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, ya que los jueces necesitan normas detalladas que indiquen claramente cuáles son los actos, hechos o comportamientos que deben reprimir.

21. En el anterior período de sesiones de la Comisión, el orador había propuesto un proyecto de artículo³ cuyos términos deben figurar en la disposición preliminar y en el párrafo 1 del proyecto de artículo 11 de la siguiente forma:

«Son tenidas por responsables, según el derecho internacional, de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y serán castigadas:

»1. Las personas que hayan planeado, preparado, incitado a iniciar o realizado un acto de agresión de un Estado o una guerra de agresión.»

Ese texto estaba inspirado en una disposición del Estatuto del Tribunal de Nuremberg que menciona expresamente el comportamiento de las «personas». No obstante, si es evidente que el acto o el comportamiento previsto no puede ser más que el de un individuo, la palabra «persona» puede ser omitida.

22. El párrafo 2 del proyecto de artículo 11 plantea el mismo problema que el párrafo 1, ya que tal como está formulado no puede tampoco aplicarse a los individuos. «El hecho de que las autoridades de un Estado recurran a la amenaza de agresión contra otro Estado» no puede designar más que el hecho de un Estado. Ese párrafo suscita también otro problema: la expresión «amenaza de agresión» no es adecuada y no corresponde en nada a la realidad. La Carta de las Naciones Unidas habla de «amenazas contra la paz» y no de «amenazas de agresión». No se amenaza a un Estado con agredirlo. Así pues, habría que modificar el párrafo 2 precisando el comportamiento de que se trata. Se podría mantener la siguiente fórmula:

«Las personas, ya sean o no autoridades de un Estado, que amenacen o hagan amenazar a otro Estado, por ejemplo mediante las fuerzas armadas.»

En realidad, la Comisión deberá profundizar en esta noción de amenaza para saber qué es lo que abarca exactamente. El orador no tiene ninguna idea fija sobre la cuestión.

23. El párrafo 3 del proyecto de artículo 11, según el cual «El hecho de que las autoridades de un Estado intervengan en los asuntos internos o externos de otro Estado...», invita a hacer las mismas observaciones. Se refiere al hecho del Estado y no al del individuo. En el anterior período de sesiones de la Comisión, el orador había propuesto para esa disposición una fórmula diferente⁶ sugiriendo además que se precisara que la intervención de que se trataba era la intervención «armada», es decir, la forma de intervención más grave. El texto que había propuesto era el siguiente:

«Las personas que hayan planeado, preparado, ordenado o incitado a realizar una intervención armada de un Estado en los asuntos internos de otro Estado.»

24. Asimismo en el párrafo 4, relativo a los actos terroristas, se hace referencia sólo a las autoridades del Estado. Ahora bien, si existe un terrorismo del Estado y si hay que darle carácter de crimen, esa forma de terrorismo no es imputable a las autoridades del Estado como tales sino a ciertas personas que pertenecen a esas autoridades. Por ello, en el anterior período de sesiones

³ *Anuario ... 1985*, vol. I, pág. 61, 1886.ª sesión, párr. 44.

⁶ *Ibid.*, pág. 62, párr. 48.

de la Comisión, el Sr. Ushakov había propuesto⁷ la siguiente fórmula:

«Las personas que hayan planeado, preparado, ordenado o incitado a perpetrar actos terroristas de un Estado contra otro Estado.»

25. Junto a ese terrorismo de Estado, existe también un terrorismo cometido por individuos sin relación con el Estado. A ese respecto, se distingue por una parte el terrorismo nacional cometido por los nacionales de un país contra las autoridades o la población de ese país y, por otra parte, el terrorismo internacional cometido por los nacionales de un país contra la población o los representantes oficiales de otro país, por ejemplo. Si se incluyen entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad los actos de terrorismo internacional más graves, lo que es de prever, será necesario que el proyecto de código se refiera en primer lugar a los autores de actos terroristas —indicando muy precisamente los comportamientos, hechos y actos de que se trata— y después a quienes les ayudan o les alientan a cometer esos crímenes.

26. En los párrafos 5, 6 y 7 del mismo proyecto de artículo 11, no se trata nunca tampoco del comportamiento de los individuos. Por ello, en el anterior período de sesiones, el Sr. Ushakov había propuesto⁸ también para esos textos, una fórmula en la que se subrayaba que los hechos y los comportamientos en juego son los de los individuos y no los del Estado.

27. Para el párrafo 8, relativo al mercenarismo, que tal como está redactado no se refiere en realidad más que a la complicidad y a otras infracciones conexas, el texto que había propuesto el orador⁹ era el siguiente:

«Los mercenarios que llevan a cabo actos de ataque armado contra un Estado, de tal gravedad que equivalgan a actos de agresión.»

Ante todo debe hacerse referencia a los mercenarios; los agentes del Estado que los reclutan, los organizan, los equipan y los entrenan —y que hay que distinguir de las autoridades del Estado como tales— podrían ser mencionados accesoriamente, por ejemplo, como cómplices.

28. Como en el proyecto de artículo 11, en los proyectos de artículos 12 y 13 se trata del hecho de un Estado y no del hecho de personas. Ese es el caso, por ejemplo, de la segunda variante del proyecto de artículo 13 que trata en el apartado ii) del párrafo *b* del uso ilícito de armas y en particular del primer uso del arma nuclear —el código debe referirse expresamente al primer uso de ese tipo de armas, ya que la Asamblea General ha aprobado resoluciones en ese sentido—, pero que no indica concretamente los comportamientos por los cuales las personas podrán ser perseguidas, juzgadas y condenadas. El Sr. Ushakov había propuesto el texto siguiente¹⁰

«Las personas que hayan planeado, preparado y ordenado el uso de armas nucleares por un Estado que sea el primero en utilizarlas.»

⁷ *Ibid.*, párr. 49.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, párr. 47.

29. Si bien los crímenes internacionales de los Estados deben ser considerados como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no puede decirse lo mismo de los crímenes internacionales de los individuos. Por ejemplo, el tráfico de estupefacientes es un «crimen penal» internacional pero no constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Solamente los crímenes penales internacionales más graves pueden ser colocados en la categoría de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

30. En cuanto a determinar si hay que definir o no el concepto de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad cometido por individuos, como se ha definido el crimen internacional del Estado en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. Ushakov no tiene todavía una idea fija sobre la cuestión. Por una parte, la presencia de una definición general tendría la ventaja de eliminar toda ambigüedad en cuanto al tipo de crimen previsto. Permitiría establecer claramente que los comportamientos, los actos incluidos en el proyecto de código son aquellos que entrañan la responsabilidad penal de los individuos y no de los Estados. Además, cuando se quisieran añadir nuevas infracciones en la lista de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, se podría hacer sobre la base de esa definición. Pero, por otra parte, si los artículos que enumeran los diferentes actos y hechos de que se trata, que son con mucho los más importantes, están bien redactados, es decir, si precisan los componentes de esos actos y esos hechos y los comportamientos de que se acusa, la definición general no será verdaderamente indispensable. Además, el artículo 1 del proyecto de código en estudio no contiene una definición general del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad; por el momento se limita a dar sus componentes.

31. En el proyecto de artículo 10, el Relator Especial hace una distinción entre tres categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esa distinción no parece justificada. Por ejemplo, el acto de agresión o más bien el comportamiento de los individuos que han planeado, preparado, incitado a iniciar o realizado el acto de agresión es a la vez un crimen contra la paz y un crimen contra la humanidad. El terrorismo internacional del Estado o de los individuos no constituye solamente una amenaza contra la paz sino también un peligro para la humanidad. El mercenarismo, o más bien el comportamiento de los mercenarios tiene su lugar en las tres categorías. Lo mismo puede decirse respecto a los crímenes de guerra que son también crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Así pues sería preferible atenerse a la denominación general «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», que es aplicable al conjunto de actos, hechos y comportamientos previstos en el proyecto de código.

32. Contrariamente a lo que se afirma en el proyecto de artículo 8, la legítima defensa en caso de agresión no constituye siempre una excepción al principio de la responsabilidad penal de los individuos. En efecto, puede ocurrir que militares, o incluso civiles, cometan crímenes que entran en el ámbito del proyecto de código al ofrecer resistencia al ataque armado de otro Estado o durante una guerra civil, es decir en el ejercicio del de-

recho a la legítima defensa del Estado. Así pues, no puede invocarse la legítima defensa en todos los casos para excluir la responsabilidad penal. Un individuo puede muy bien violar las leyes de la guerra o cometer actos inhumanos cuando el Estado actúa de conformidad con sus derechos. Habría que tenerlo en cuenta en el proyecto de artículo.

33. En realidad, lo esencial por el momento es preparar la lista de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, precisando sus componentes, es decir, los actos, hechos y comportamientos de los individuos que son ilícitos y constituyen tales crímenes, de forma que se ofrezca a los tribunales los elementos necesarios para poder juzgar y sancionar a sus autores. Sólo después se podrán elaborar los artículos introductorios así como las disposiciones relativas al complot, a la complicidad, a la tentativa y a otras infracciones.

34. De todas formas, si se desea que el código sea realmente útil habrá que tener en cuenta la evolución del derecho internacional, de la doctrina y de la práctica de los Estados, así como de los diferentes instrumentos y textos adoptados en la materia por la comunidad internacional, evitando por lo tanto seguir demasiado de cerca el texto de 1954, que es el principal defecto del proyecto de artículos propuesto por el Relator Especial.

35. El Sr. FRANCIS felicita al Relator Especial por su cuarto informe (A/CN.4/398) que, al completar los informes precedentes sobre los puntos que quedaban por estudiar, da una visión más general de la cuestión y revela todo su interés. Señala que, durante los períodos de sesiones anteriores, se encontraba entre los que habían alentado al Relator Especial a presentar a la Comisión proyectos de artículos sobre los principios generales. Así se ha hecho, aunque no de forma completa. Es conveniente disponer al menos de un anteproyecto sobre esos principios que podrá perfeccionarse posteriormente. Ya que no se ha de examinar el texto mismo de los proyectos de artículos en el actual período de sesiones, se referirá a ellos sólo para ilustrar algunas de sus observaciones de carácter general.

36. En sus informes anteriores, el Relator Especial había subrayado que era conveniente, para calificar los actos considerados crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aplicarles el epíteto de «graves». En efecto, es esencial velar por que este elemento tenga el lugar que le corresponde en el proyecto de código. Evidentemente una forma de lograrlo será dedicarle una disposición en el título II del capítulo I del proyecto de artículos, relativo a los principios generales. Otra forma, que preferiría el Sr. Francis, sería añadir, después del artículo 1, un artículo relativo a la noción de gravedad del crimen. En el texto inglés, la palabra «gravity» le parece preferible a «seriousness», ya que refleja mejor las características del crimen. Además, la noción de «gravity» aparece en el cuarto apartado del preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968.

37. Sería mejor incluir el proyecto de artículo 2 (Tipificación), que está inspirado en el Principio II de los

Principios de Nuremberg¹¹, en el título II (Principios generales) del capítulo I del proyecto de código. En cuanto al texto mismo de esa disposición, la primera frase expresa la misma idea que el principio II pero de forma bastante general. En cuanto a la segunda frase, se le puede reprochar de favorecer una doble calificación, como ha dicho Sir Ian Sinclair (1964.ª sesión), y el Sr. Francis propone que se vuelva a la fórmula más precisa del Principio II de Nuremberg.

38. Habría que indicar también, en algún lugar del proyecto, que las disposiciones del código se entienden sin perjuicio de la responsabilidad penal de los Estados, cuestión cuyo examen, como se sabe, la Comisión ha apartado de momento, a falta de instrucciones de la Asamblea General al respecto.

39. El Sr. Francis no tiene observaciones que hacer sobre el proyecto de artículo 3. Aprueba el punto de vista adoptado por el Relator Especial para el proyecto de artículo 4, que trata de dos elementos importantes para el éxito de los trabajos sobre la cuestión: el principio de la universalidad de la infracción y la idea de la creación de una jurisdicción penal internacional. Sobre el principio de la universalidad, el Sr. Francis apoya la sugerencia de Sir Ian Sinclair (1960.ª sesión) encaminada a introducir en ese artículo la idea expresada por el Relator Especial, según la cual en la expresión «crímenes contra la humanidad» la palabra «humanidad» designa «el género humano tanto en su acepción general como en sus diversas manifestaciones individuales o colectivas» (A/CN.4/398, párr. 15). La primera frase del párrafo 1 podría decir: «El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una infracción contra toda la humanidad», o «contra la humanidad en su conjunto». Una fórmula de ese tipo, al suprimir en el concepto de universalidad el carácter extremo que puede tener, haría el artículo más generalmente aceptable.

40. En cuanto a la idea de una jurisdicción universal, sin duda es la solución ideal pero pasará mucho tiempo antes de que sea realizable. A falta de una palabra mejor, se podría hablar de una jurisdicción «multilateral». El Sr. Arangio-Ruiz (1962.ª sesión), al invitar al Relator Especial a que dé a conocer sus puntos de vista sobre la posibilidad de crear una jurisdicción penal internacional o de someter la aplicación del código a las legislaciones internas de los Estados, parece que ha expresado su preferencia por el tipo de jurisdicción previsto en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, y señala que los Estados son reacios a aceptar las decisiones de la justicia internacional. No obstante, como el proyecto de código no se refiere a los Estados sino a los individuos, el Sr. Francis estima que en ese caso los Estados aceptarán más fácilmente que sus nacionales queden sometidos a las decisiones de una jurisdicción penal internacional, si se presenta el caso. Por su parte, Sir Ian Sinclair (1964.ª sesión) está a favor de la creación de un tribunal penal internacional. El Relator Especial, teniendo en cuenta el sentimiento que impera actualmente, ha previsto las dos posibilidades en el proyecto de artículo 4. A juicio del Sr. Francis, sería más difícil hacer ejecutar los juicios dictados por un tribunal internacional por los juicios pronunciados en el marco del sistema previsto en el

¹¹ Véase 1958.ª sesión, nota 4.

párrafo 1, que no obstante no es suficiente en sí mismo: por ejemplo, no se comprendería cómo un jefe de Estado podría ser sometido a juicio ante un tribunal de otro país.

41. El proyecto de artículo 5, relativo a la imprescriptibilidad tiene su lugar en el proyecto. Es cierto que la Convención de 1968 sobre esta cuestión no ha sido ratificada por tantos Estados como sería de desear, pero quizá se llegue a ello. El proyecto de artículo 6, inspirado en el Principio V de los Principios de Nuremberg, es aceptable en su conjunto, pero, es necesario mejorar el texto. Indudablemente el proyecto de artículo 7 es útil, pero el párrafo 2 debería ser examinado más atentamente cuando la Comisión estudie el texto de los proyectos de artículos.

42. Hay otra laguna en el informe que concierne al Principio IV de los Principios de Nuremberg, relativo a la orden recibida de un superior jerárquico. El Relator Especial ha tratado ese principio como una excepción, en los términos que figuran en el apartado c del proyecto de artículo 8. Ahora bien, a juicio del Sr. Francis ese principio debería ser tratado de forma independiente y afirmado en términos positivos en la parte del proyecto dedicada a los principios generales.

43. Por importantes que sean los artículos, hay lugar para las excepciones al principio de la responsabilidad, pero la Comisión debe elegir esas excepciones con gran atención. A ese respecto, el Sr. Francis aprueba la sugerencia de Sir Ian (*ibid.*) encaminada a que la Comisión examine esa cuestión en una etapa ulterior de su labor; piensa además que las excepciones deberían ser objeto de una sección separada del proyecto.

44. Otra noción que hay que mantener es la enunciada en el artículo VII de la Convención sobre el genocidio, a saber, que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no se consideran como crímenes políticos a los efectos de extradición.

45. Para concluir, el Sr. Francis, recordando la observación del Sr. Ushakov sobre la importancia dada por el Relator Especial a los Principios de Nuremberg en la redacción del proyecto de código, estima que el Relator Especial no podía evitar inspirarse en esos principios pero que no hay que ir demasiado lejos en esa dirección. Expresa el deseo de que la Comisión, en el futuro, pueda consagrar un debate más profundo a los principios generales.

46. El Sr. JAGOTA, evocando los textos que han podido servir de precedentes para la redacción de la parte IV del informe en estudio (A/CN.4/398), señala que los Principios I a V de los Principios de Nuremberg, formulados por la Comisión en 1950, trataban de los temas siguientes: responsabilidad del individuo por un crimen internacional; carácter autónomo del crimen internacional; responsabilidad de los dirigentes, incluidos los jefes de Estado o de gobierno; no aplicabilidad de la excusa fundada en la orden dada por un gobierno o un superior jerárquico, si el autor del crimen ha tenido la posibilidad moral de elegir; y por último, derecho del autor del crimen o del acusado a un proceso justo sobre los hechos y sobre el derecho. En esos principios, no se trataba de la irretroactividad del derecho penal y de las

penas previstas por el mismo, ni de la prescripción, ni de otras excusas o excepciones que son objeto de la parte IV del informe.

47. El proyecto de código de crímenes preparado por la Comisión en 1954, se refería esencialmente a la responsabilidad penal y al castigo del individuo, la responsabilidad de las autoridades del Estado y del jefe de Estado pese a su posición o condición oficial y a la no aplicabilidad (salvo en circunstancias particulares) de la excusa fundada en la orden recibida de un gobierno o de un superior jerárquico.

48. En lo que se refiere a las excepciones a la responsabilidad, la Comisión, en sus trabajos sobre la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, examinó también en detalle la cuestión de las circunstancias que excluyen la ilicitud del acto o del comportamiento del Estado o atribuible a un Estado, cuestión que podría aplicarse también a la responsabilidad penal del Estado. Eso es lo que la Comisión hizo, en particular en sus 31.º (1979) y 32.º (1980) periodos de sesiones, cuando examinó y aprobó en primera lectura los proyectos de artículos 29 a 34, que se refieren al consentimiento, a las contramedidas legítimas, a la fuerza mayor y al caso fortuito, y por último al peligro extremo, al estado de necesidad y a la legítima defensa, respectivamente. Asimismo se previeron excepciones para la protección del *jus cogens* y del derecho humanitario. Además, el proyecto de artículo 35, relativo a la indemnización de los daños, preveía también la exclusión de la ilicitud.

49. La Comisión todavía no ha examinado detalladamente la cuestión de la responsabilidad de los Estados por un acto criminal, ni ha fijado penas a ese respecto, ni ha estudiado el problema de las circunstancias eximentes o atenuantes. Asimismo la cuestión de la responsabilidad penal del individuo por el acto cometido por un Estado y las excepciones a esa responsabilidad, no ha sido abordada en el marco de los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. En estas condiciones, la Comisión decidió emprender el examen de los principios generales, incluidas las excepciones, previstos en el proyecto de código de crímenes, tanto por el deseo de ser coherente como para tener en cuenta ciertos conceptos y ciertos principios aplicables al contenido y al ámbito de aplicación del código de crímenes. Decidió también limitar sus trabajos sobre el proyecto de código a la responsabilidad penal del individuo, reservando para el futuro la cuestión de la responsabilidad penal del Estado.

50. Teniendo en cuenta lo anterior, el Sr. Jagota tiene algunas observaciones precisas que hacer sobre la parte IV del informe y los proyectos de artículos 3 a 9. Respecto a la naturaleza jurídica del crimen y a la naturaleza del delincuente, declara que está de acuerdo con el Relator Especial y aprueba el texto de los proyectos de artículos 3 y 6. También está de acuerdo con el Relator Especial sobre los dos aspectos de la aplicación del derecho penal en el tiempo, a saber la irretroactividad y la imprescriptibilidad. La cuestión de los límites de la irretroactividad es delicada. En derecho interno esos límites son estrictos. Así, en la India, país del Sr. Jagota,

la Constitución¹² dispone en el párrafo 1 del artículo 20 que:

Nadie podrá ser declarado culpable de un delito si no ha habido violación de una ley en vigor en la fecha en que se cometió el acto del que se le acusa, ni podrá ser condenado a una pena superior a la que previera la ley en vigor en la fecha en que se cometió el delito.

y los tribunales de la India dan una expresión restrictiva y no liberal a la expresión «ley en vigor». El párrafo 1 del proyecto de artículo 7, presentado por el Relator Especial, es conforme a esa idea. Si pareciera deseable otorgar una cierta flexibilidad al derecho internacional, se podría reforzar el texto del párrafo 2 de ese artículo sustituyendo «en virtud de los principios generales del derecho internacional» por «en virtud de los principios y las normas de derecho internacional generalmente reconocidos». En lo que se refiere a la imprescriptibilidad, el Sr. Jagota aprueba el proyecto de artículo 5.

51. Respecto a la cuestión de la aplicación del derecho penal en el espacio, de que trata el proyecto de artículo 4, el Sr. Jagota sugiere, como ya ha tenido ocasión de hacerlo (1962.ª sesión), que la Comisión espere para examinar esa cuestión en detalle a que la Sexta Comisión de la Asamblea General dé a conocer sus opiniones definitivas sobre el problema de la creación de una jurisdicción penal internacional. En cuanto a la cuestión de las penas y a la de las circunstancias eximentes y atenuantes, puede dejarse a los tribunales competentes.

52. El Sr. Jagota añade que el proyecto de artículo 4, que parece inspirarse en particular en las disposiciones correspondientes de las convenciones sobre el genocidio y el *apartheid*, podría servir como posición de repliegue a la Comisión si no pareciera deseable ni posible por el momento la creación de una jurisdicción penal internacional. A ese respecto, aprueba las opiniones expuestas por Sir Ian Sinclair (1964.ª sesión) y espera que parezcan políticamente aceptables a una gran parte de la comunidad mundial.

53. Respecto a la cuestión de las excepciones al principio de la responsabilidad, a que se refiere el proyecto de artículo 8, los casos de no excepción previstos en los apartados *a* y *c* no deberían plantear ningún problema ya que están en conformidad con los términos del proyecto de código de 1954. Por supuesto, los problemas de forma serán resueltos por el Comité de Redacción.

54. El Sr. Jagota aprueba también el texto del proyecto de artículo 9, tanto como contrapeso al apartado *c* del proyecto 8 como a título independiente, aunque la cuestión queda también solucionada con las disposiciones relativas a la complicidad. En cuanto a las otras excepciones a la responsabilidad, si el individuo de que se trata actúa en calidad de representante o de agente de un Estado, la aplicabilidad y las circunstancias que excluyen la ilicitud del acto de ese Estado deberían ser también cuidadosamente examinadas para cada categoría de crímenes —crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra— pese a las diferencias no despreciables entre el sujeto en estudio y el de la responsabilidad de los Estados, en particular en

lo que se refiere a su campo de aplicación. Un ejemplo lo constituye el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud del acto del Estado. La Comisión, tras haber examinado ampliamente la cuestión en 1980, precisó en el artículo 33 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, que el estado de necesidad no puede ser invocado si la obligación internacional a la que el acto del Estado no está conforme dimana de una norma imperativa de derecho internacional general o si la obligación está establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluye la posibilidad de invocar esa excusa, por ejemplo un tratado de derecho humanitario, o también si el Estado de que se trata ha contribuido a que ocurra el estado de necesidad. En el comentario al artículo 33, la Comisión, al referirse al *jus cogens*, decía lo siguiente:

[...] La Comisión quiere que esto quede bien puntualizado, pues son las tentativas pasadas de los Estados de invocar el estado de necesidad para justificar actos de agresión, conquistas y anexiones realizadas por la fuerza las que dan origen con mayor frecuencia a los temores suscitados por la idea de admitir la noción de estado de necesidad en derecho internacional. [...]»¹³.

Así pues, el estado de necesidad no puede ser invocado en caso de crimen contra la paz o de crimen contra la humanidad debido a la gravedad de esas infracciones. Consideraciones del mismo orden se aplican a la noción de consentimiento: nadie consiente a la agresión, al colonialismo, al genocidio o al *apartheid*, ni a la violación de las demás normas de *jus cogens*. Las excepciones por fuerza mayor, hecho fortuito o estado de necesidad, deberán ser atentamente examinadas para cada categoría de crímenes. En cuanto a las excepciones condicionales en caso de coacción, ya se trate de la orden recibida de un superior jerárquico o de otras circunstancias, no deberían plantear dificultades como tampoco las cuestiones de error de derecho o de hecho. No obstante, no podrá invocarse ningún error de derecho o de hecho en caso de crimen contra la humanidad o de crimen contra la paz, como lo afirma con razón el Relator Especial en su informe (A/CN.4/398, párrs. 211 y 216).

55. La aplicación condicional de las excepciones a la responsabilidad queda precisada en los apartados *b*, *c*, *d* y *e* del proyecto de artículo 8 de conformidad con las indicaciones dadas en el informe (*ibid.*, párr. 196). Las condiciones así impuestas a esas excepciones excluyen su aplicación en caso de crimen contra la humanidad y de crimen contra la paz, habida cuenta de la proporcionalidad que existe entre el interés sacrificado y el interés protegido. En cuanto a la excepción de legítima defensa en caso de agresión no se presta a controversia en sí y no debería plantear problemas de redacción si se le dedica un párrafo o un artículo separado. Respecto a la cuestión de las represalias, evocada en el informe (*ibid.*, párrs. 241 a 250), merece una reflexión más detenida.

56. Por último, la Comisión deberá también preguntarse si algunas excepciones clásicas aplicables a los acusados en derecho interno deben ser expresamente mencionadas en el proyecto de código, sobre todo dado que éste por el momento está limitado a los crímenes cometidos por individuos, que actúan en calidad de agentes del Estado o a otro título. Se trata de las excepciones relati-

¹² A. P. Blaustein y H. Hecker, *India, Constitutions of the Countries of the World*, A. P. Blaustein y G. H. Flanz, editores, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, Nueva York, 1986.

¹³ *Anuario ... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 49, párr. 37.

vas a la edad de los delincuentes (casos de niños o de menores), a los trastornos mentales o a la locura, a los casos de absorción de sustancias que atentan contra la voluntad sin el consentimiento del delincuente o sin que él lo sepa, al derecho del individuo de defender su vida y sus bienes y al consentimiento de la víctima. Si esas justificaciones o excepciones son aplicables al individuo a que se refiere el proyecto de artículo 6, que dispone que «toda persona acusada de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene derecho a las garantías reconocidas a todo ser humano», habrá que decirlo en el comentario.

57. Para concluir, el Sr. Jagota afirma que la Comisión deberá reflexionar todavía sobre el contenido y el alcance del proyecto de artículo 8 relativo a las excepciones al principio de la responsabilidad. No obstante, manifiesta su acuerdo en general con las conclusiones del Relator Especial sobre las causas de justificación (*ibid.*, párr. 254).

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1966.ª SESIÓN

Viernes 13 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. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Laclata Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Sucharitul, 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) (continuación)

1. El Sr. OGISO agradece al Relator Especial por haber elaborado los principios generales que forman la ba-

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).

se del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y dice que se complace en especial por encontrar en su justo lugar el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Su intervención se concentrará en tres cuestiones importantes que figuran en la parte IV del informe (A/CN.4/398): la norma *nullum crimen sine lege*, las excepciones a la responsabilidad penal y la jurisdicción penal internacional.

2. En cuanto a la norma *nullum crimen sine lege*, en el informe se dice que «si se entiende por *lex* no el derecho escrito sino el *derecho* en el sentido general de la acepción, el contenido del principio será más amplio» (*ibid.*, párr. 156). Ahora bien, en el sistema jurídico angloamericano, a diferencia de los sistemas inspirados en el derecho romano, desempeñan un papel esencial los precedentes judiciales y en ese sentido el derecho no escrito forma parte del «derecho». Aunque esta jurisprudencia no es un derecho escrito en el sentido estricto de la expresión, tiene fuerza de elemento constitutivo del derecho positivo. Siendo así, únicamente si se define la *lex* como el derecho positivo la norma *nullum crimen sine lege* será aplicable no sólo en los países de derecho civil sino también en los países de derecho angloamericano.

3. Ahora bien, en su informe (*ibid.*, párr. 161) el Relator Especial llega a decir que esta idea de justicia fue el elemento determinante para el Tribunal de Nuremberg, y cita a este respecto la observación del magistrado Biddle: «No se trataba de saber si era legítimo, sino si era justo juzgar [...]». El Sr. Ogiso se opone a este punto de vista, ya que le parece inadmisibles que en la norma *nullum crimen sine lege* la *lex* pueda designar otra cosa que no sea el derecho positivo, como, por ejemplo, una idea vaga e indefinible de la justicia en sí.

4. Por el contrario, acepta la conclusión del Relator Especial (*ibid.*, párr. 163) según la cual «la regla *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es aplicable en derecho internacional». Pero convendría que el Relator Especial precisara lo que entiende por «la costumbre y los principios generales del derecho» (*ibid.*). De otro modo se corre el riesgo de crear una situación peligrosa en la que se introducirían en la norma *nullum crimen sine lege* nociones no jurídicas. A este respecto, es necesario examinar muy atentamente la expresión «principios generales del derecho internacional», que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7.

5. En opinión del Sr. Ogiso, la prohibición de toda norma que sea aplicable *ex post facto* es algo fundamental en el derecho penal y el criterio esencial de la responsabilidad penal es el de saber si en la fecha en que se cometió el acto delictivo existía una norma de derecho positivo que prohibía dicho acto. La regla *nulla poena sine lege* significa que el autor del acto no puede ser castigado si en el momento en que se cometió ese acto la ley no prescribía ninguna pena que le fuera aplicable. Ahora bien, como indica el Relator Especial (*ibid.*, párr. 181), «la Comisión no se ha pronunciado todavía claramente sobre la cuestión de si el proyecto actual debería incluir también el estudio de las consecuencias penales de la infracción». Quizá por esta razón no se han formulado todavía las normas secundarias sobre la cuestión en examen. Sin embargo, según el Sr. Ogiso, el proyecto de código debe contener ciertos principios rectores