

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 humanidad<sup>1</sup> (continuación)** [A/CN.4/387<sup>2</sup>, A/CN.4/398<sup>3</sup>, 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-

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> 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

sobre las penas a fin de evitar, por ejemplo, que se condene a una persona a muerte por un acto que no prohibía el derecho en el momento en que fue cometido.

6. Respecto a los principios relativos a la determinación y al alcance de la responsabilidad, el Sr. Ogiso aprueba, en general, la posición adoptada por el Relator Especial, según la cual no se pueden admitir excepciones a la responsabilidad penal salvo en caso de coacción o de estado de necesidad o de fuerza mayor. El Relator Especial precisa también (*ibid.*, párr. 199) que la distinción entre coacción, estado de necesidad y fuerza mayor no existe en todos los sistemas jurídicos, lo que es totalmente cierto.

7. En lo que respecta a la excepción relativa a la obediencia a una orden de un superior jerárquico, el Sr. Ogiso aprueba las fórmulas propuestas por el Relator Especial pero, no obstante, se pregunta si la amenaza de un riesgo grave, inminente e irremediable que se desprenda de la orden recibida no variará según el carácter más o menos grave de la disciplina que se ejerce en el medio de la persona que actúa. En el caso de un oficial subalterno, su libertad de decisión sería extremadamente limitada. No por eso debe ser exonerado un militar de toda responsabilidad por haber cumplido una orden dada por su superior jerárquico, pero en este caso la rigidez de la disciplina podría constituir una circunstancia atenuante.

8. En cuanto al error, el Sr. Ogiso está de acuerdo con el Relator Especial por lo que respecta al error de hecho. Pero el error de derecho sigue siendo posible, especialmente en el derecho internacional consuetudinario, que no está codificado con precisión. Por lo tanto, se pregunta si se puede declarar responsable a un individuo que simplemente haya hecho caso omiso de la ley, como se desprende del apartado e del párrafo 1 del proyecto de artículo 8, disposición en la que se ha expresado la idea de *jus cogens* la que, como el Sr. Ogiso ha tenido muchas veces ocasión de indicar, se debería definir con precisión.

9. El proyecto de artículo 8 contiene, en el inciso iii) del apartado e, otro principio de equilibrio, en este caso entre el interés sacrificado y el interés protegido. A primera vista, este principio parece correcto, pero cabe dudar de su aplicación imparcial, sobre todo si no se crea un tribunal penal internacional.

10. Sobre la cuestión de la jurisdicción penal, varios miembros de la Comisión, entre los que se encuentra el Sr. Ogiso mismo, han afirmado que sería necesario crear un tribunal internacional para aplicar el código. El Sr. Ogiso se felicita de que esta idea haya tomado arraigo entre sus colegas. Indudablemente, nadie ignora las dificultades políticas que supondría la creación de un tribunal de este tipo. Sin embargo, esta institución sería indispensable para aplicar e interpretar el código con toda la objetividad posible. El Sr. Ogiso no podría aceptar el principio de la universalidad de jurisdicción más que en previsión de que se establezca un tribunal penal internacional; en el caso de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad la creación de un tribunal internacional es indispensable. En su opinión, la Comisión, órgano jurídico de la Asamblea General, debe

plantearse francamente la cuestión del mejor procedimiento posible para aplicar el código.

11. Según el Sr. BALANDA, lo que el Relator Especial presenta en la rúbrica «Otras infracciones» se relaciona más bien con los principios generales que con una categoría determinada de crímenes, ya que se puede concebir la complicidad o la tentativa en el marco de cada una de las tres categorías de crímenes propuestas.

12. A los miembros de la Comisión que se preguntan acerca de la utilidad de una clasificación de los crímenes en tres categorías, responde señalando a su atención el pasaje del cuarto informe (A/CN.4/398, párr. 255), en el que el Relator Especial indica que la teoría de las causas de justificación da lugar a diversos matices y no tiene el mismo alcance según cuáles sean los crímenes o las categorías de crímenes de que se trate; que dada la gravedad de los crímenes contra la humanidad, éstos no pueden tener justificación alguna, que en caso de crímenes contra la paz la única justificación posible es la legítima defensa en caso de agresión, y que la teoría de las causas de justificación sólo puede aplicarse, en realidad, en el caso de crímenes de guerra. Esta distinción entre las tres categorías de crímenes es necesaria también cuando se trata de las sanciones. Aunque sigue reservándose su posición a este respecto, el Sr. Balanda pone de relieve que no podría existir un código de crímenes si faltasen las sanciones o penas. Ahora bien, existe una categoría de crímenes que deben reprimirse con más energía que los demás: los crímenes contra la humanidad.

13. Pasando al problema espinoso de la responsabilidad penal de los Estados, el Sr. Balanda recuerda que en la Sexta Comisión de la Asamblea General (véase A/CN.4/L.398, párr. 39), varios representantes se mostraron partidarios de que se admita la responsabilidad penal de los Estados. Quizá no sea nueva esta idea, pero no concibe que el proyecto de código pueda pasar por alto la responsabilidad de los Estados. Incluso si se considera que el Estado actúa por medio de personas físicas y que, una vez detenidas, estas personas podrán ser objeto de sanciones, sería erróneo castigarlas en su carácter de personas individuales, puesto que habrían actuado como representantes del Estado. Así por ejemplo, la persona que cometa un acto de terrorismo en nombre de un Estado no podrá ser castigada como tal persona individual, sino que deberá responder de su acto el órgano al servicio del cual se encuentre y que sea responsable de dicho acto. Por lo tanto, existe toda una serie de sanciones relativas a las personas individuales que quedan eliminadas de oficio y la Comisión deberá encontrar sanciones que sean adecuadas para castigar los actos criminales de los Estados. Si rechaza la noción de responsabilidad penal del Estado tendrá que justificar su posición, tanto más cuanto que ciertos crímenes no pueden cometerlos más que los Estados.

14. Tratándose de los principios generales, el Sr. Balanda concuerda con la observación de que, al elaborar su proyecto de código, la Comisión debe abstenerse de legislar por medio de simples referencias. A este respecto, cita el proyecto de artículo 6 en el que se hace sólo alusión a las garantías judiciales previstas en la Declara-

ción Universal de Derechos Humanos<sup>4</sup> o en el Protocolo adicional II<sup>5</sup> de las Convenciones de Ginebra de 1943; estas garantías se deberán enunciar claramente.

15. El Sr. Balanda señala un elemento de autonomía del derecho internacional en relación con los principios generales al hacer observar que en derecho interno estos principios se aplican, en general, a todas las infracciones, sean las que sean, mientras en el caso presente algunos de los principios generales que se exponen en el informe no pueden aplicarse a todas las infracciones. Por ejemplo, la teoría de las causas de justificación no puede aplicarse a crímenes contra la humanidad a causa del carácter de estos crímenes, mientras que puede invocarse en todos los casos de derecho interno, salvo en el caso de disposiciones legislativas en contrario.

16. El Sr. Balanda indica además otros dos principios que no se mencionan en el informe. Por una parte, el principio aplicable en caso de cúmulo de infracciones, de conformidad con el cual la sanción variará según que exista un cúmulo material o un cúmulo ideal de infracciones. Esta cuestión fundamental se deberá tratar en el marco de los principios generales, ya que necesariamente lleva a la cuestión de la aplicación de las penas. Por otra parte, el Sr. Balanda observa la falta de mención del principio consagrado en el derecho interno de ciertos Estados según el cual el autor de un crimen político no puede ser objeto de extradición. En este caso, para no transgredir la obligación general de extradición expuesta por el Relator Especial, la Comisión deberá afirmar la obligación de extradición incluso para los crímenes políticos, puesto que el móvil de un crimen contra la humanidad se encuentra vinculado a consideraciones políticas, raciales, étnicas o nacionales. Existen otros dos principios que también deberían afirmarse en el proyecto de código: el principio del procedimiento contradictorio y el principio del doble grado de jurisdicción.

17. El Sr. Balanda aprueba las propuestas del Relator Especial relativas a la imprescriptibilidad, quedando entendido que a este respecto será preciso ponerse de acuerdo sobre los hechos (se podrá perseguir judicialmente en todo momento al presunto autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, sea cual fuere el tiempo transcurrido entre la perpetración del acto de que se le acuse y su detención) y sobre la pena (el tiempo transcurrido entre la detención y el juicio no eximirá al acusado de cumplir la pena a que se le condene).

18. El Sr. Balanda concuerda también con la idea de la no retroactividad que se expresa en el proyecto de artículo 7. Ahora bien, cuando en derecho interno se promulga una nueva ley más favorable para el detenido, esta ley tiene generalmente efecto retroactivo. ¿Qué ocurrirá en este caso, si se admite el principio de la competencia de los tribunales nacionales? ¿Cómo se comportará el juez nacional que deba pronunciar el fallo ante la existencia de una ley de este tipo, teniendo en cuenta el principio de la no retroactividad enunciado en el código?

19. El Sr. Balanda también está de acuerdo con los otros principios propuestos por el Relator Especial. Sin embargo, se pregunta si el principio según el cual nadie puede aducir su ignorancia de la ley puede aplicarse en el marco del presente código.

20. La aplicación del código suscita problemas delicados. Prácticamente todos los miembros de la Comisión opinan que un código para el que no se disponga de un mecanismo de aplicación no tendrá ninguna utilidad. Ahora bien, esta aplicación exige además sanciones y un órgano que pueda imponerlas. En lo que respecta a las sanciones, y en el caso de un hecho que no esté sancionado en el derecho interno de un Estado, un juez de ese Estado que deba aplicar el código tendrá muchas dificultades para encontrar la sanción aplicable si ésta no ha sido indicada. Por lo tanto, es importante prever en el código mismo las penas que podrán aplicarse. Y, como la Comisión también debe ajustarse al principio *nulla poena sine lege*, convendría que fijase en el código toda la gama de estas penas.

21. La cuestión de las sanciones conduce inevitablemente a plantear la cuestión del órgano que habrá de imponerlas y a este respecto se plantea el problema de la universalidad de jurisdicción, o de la creación de un tribunal penal internacional. El Relator Especial propone atenerse en un principio a la universalidad de jurisdicción, en cuyo caso las autores de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se presentarán ante los tribunales del Estado sobre cuyo territorio hayan sido detenidos o al que hayan sido trasladados en virtud de una extradición. Pero los problemas a este respecto son múltiples e incitan al Sr. Balanda a formular algunas observaciones que no son críticas pero que podrían dar motivo de reflexión a la Comisión. Por ejemplo ¿cómo se podría garantizar la imparcialidad de los tribunales nacionales? O también, en la hipótesis de un acto cometido por las más altas autoridades de un Estado ¿cómo se podría evitar que el juez del Estado del foro no se niegue a juzgar a esas autoridades? Por su parte, el Estado de que se trate ¿no podría negarse a aplicar la extradición a causa de presiones políticas que vayan en detrimento de la colaboración entre los Estados? Además, en caso de extradición se planteará el problema de las pruebas que habrán de reunirse para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado y en el caso de un político que haya tomado la decisión de realizar una agresión y comparezca ante los tribunales del Estado víctima, el problema de la imparcialidad de los magistrados. Por otra parte, si la cuestión queda en manos de los tribunales nacionales es muy posible que las penas varíen considerablemente según los países, dada la diversidad de sistemas jurídicos que existen. Finalmente, las legislaciones nacionales divergen sobre otro punto: el de la sanción de los cómplices. En ciertos Estados el cómplice puede sufrir la misma pena que el autor del acto delictivo. En otros países no sigue la misma suerte que el acusado principal. Estas consideraciones demuestran que el principio de la universalidad de jurisdicción no es necesariamente una solución que satisfaga plenamente.

22. Por otra parte, la idea de una jurisdicción penal internacional eventual, que podría ser la CIJ o algún otro órgano, plantea asimismo cierto número de problemas.

<sup>4</sup> Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

<sup>5</sup> Véase 1959.º, sesión, nota 6.

Por ejemplo, el problema de las pruebas sería aún más difícil de resolver que en el caso de una competencia universal. En el caso de que se trate de la CIJ, ¿dispondría de un «ministerio fiscal general de la humanidad» que permita al fiscal reunir las pruebas? y ¿cuáles serían a este respecto las atribuciones del fiscal? ¿Quién emprendería el enjuiciamiento de los criminales de guerra? ¿Se mostrarían los Estados dispuestos a colaborar aplicando la extradición a los criminales que se encuentren sobre su territorio y haciéndoles comparecer ante esta jurisdicción penal internacional? Una vez se haya condenado a los criminales ¿dónde cumplirán su pena? ¿Cómo se podrá respetar el principio del doble grado de jurisdicción a nivel internacional? ¿Juzgará el tribunal internacional en primera y última instancia?

23. Pasando a otra cuestión, el Sr. Balanda dice que los proyectos de artículos, especialmente el 11 y el 13, dan la impresión de que se producirá una infracción desde el momento en que una persona haya realizado un acto que se considere un crimen. Ahora bien, en derecho interno el acto por sí mismo no basta, ya que debe ir acompañado de un elemento moral, la intención. Por lo tanto, si se mantiene esta noción de intención ¿deberá tenerse ésta en cuenta para todas las infracciones? O bien la Comisión, para afirmar la autonomía del código con respecto al derecho interno ¿deberá incluso considerar que existe una infracción tan pronto como se haya cometido el delito, aunque falte el elemento moral?

24. El párrafo 2 del proyecto de artículo 7 podría revisarse, ya que en la fase de que trata este párrafo aún no se ha declarado culpable a la persona interesada, puesto que se presume su inocencia; para ello bastaría con sustituir la expresión «culpable de una acción u omisión» por las palabras «acusada de una acción u omisión». En cuanto a la cuestión objeto del proyecto de artículo 9, el Sr. Balanda considera que se relaciona con la participación en los delitos y no se justifica que se le dedique un artículo por separado.

25. En lo que respecta a la condena eventual del uso de armas de destrucción masiva, el Sr. Balanda se limita a decir que sería deplorable no mencionarla en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si resulta molesto por razones políticas, y que el silencio de la Comisión a este respecto parecería culpable. La Comisión debe mencionar también, naturalmente, el *apartheid*.

26. El Sr. ARANGIO-RUIZ ha comprobado que sus observaciones sobre la oposición entre la fórmula de la universalidad de jurisdicción y la fórmula del tribunal penal internacional han dado lugar a ciertos malentendidos, por lo que dice que, aunque la creación de un tribunal internacional representa sin duda el objetivo final de la comunidad mundial, sería sin embargo imprudente no evaluar con todo cuidado los obstáculos que puedan oponerse a esta creación o, lo que aún sería peor, minimizarlos. Ahora bien, esto es precisamente lo que inconscientemente hacen los periodistas y diplomáticos desde los años 40 y 50, al aceptar demasiado fácilmente la analogía —que de hecho es inexistente— entre la situación de la sociedad internacional en 1945 y su situación actual. Por esta razón, expuso detalladamente el carácter de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio

en su intervención anterior (1962.ª sesión). Invocar los principios y los procesos de Nuremberg como precedente causaría algunas ambigüedades, ya que la experiencia de Nuremberg, aunque esencialmente se conformó a las exigencias de la situación política y de la justicia, no puede servir de referencia para el tribunal penal internacional que se crearía a fin de aplicar el código.

27. También por esta razón es preciso admitir que el problema que se plantea a la Comisión no es un problema de carácter internacional, sino supranacional. Incluso convendría quizás decir «infranacional». A este respecto, ninguno de los Estados miembros de la Comunidad Europea, por ejemplo, tiene la sensación de que se haya reducido su soberanía. Esto se explica esencialmente por el hecho de que el funcionamiento de las instituciones comunitarias atañe a personas físicas o jurídicas que, después de todo, no son más que sujetos ordinarios privados, de los Estados miembros. Pero el tribunal internacional que sería necesario para aplicar el código debería juzgar con frecuencia a personas situadas en la cima de la organización política de los Estados soberanos. Incluso tendría quizá que enjuiciar a soberanos. Por lo tanto, no puede establecerse en realidad ninguna comparación con la Corte de Justicia de la Comunidad Europea ni con los tribunales mixtos de arbitraje establecidos por los tratados de paz que pusieron fin a la primera guerra mundial.

28. A partir de estas constataciones, según dice el Sr. Arangio-Ruiz, se había permitido predecir que no era muy probable que los Estados soberanos aceptasen en un futuro suficientemente próximo todo el sistema de instituciones supranacionales que representaría un tribunal internacional y las instituciones anexas que serían necesarias para que este tribunal ejerciera sus funciones con respecto a las «autoridades», empleando a título provisional la terminología de 1954 que critica el Sr. Ushakov (1965.ª sesión).

29. Así pues, ante estas realidades desalentadoras el Sr. Arangio-Ruiz no ha podido por menos de expresar la opinión de que, para aplicar el código, será preciso inevitablemente recurrir a los medios de que actualmente se dispone, aunque además ha indicado que la idea de la universalidad de jurisdicción debe depender de ciertas condiciones eventuales. En primer lugar, sería preciso que tal sistema se aplicase gradualmente, haciendo una distinción rigurosa entre los diversos crímenes. Indudablemente, existen ciertos crímenes para los que se podría llegar en un futuro relativamente próximo a una cooperación estrecha entre las instituciones nacionales que se encargarían de administrar la justicia penal. Pero para otros crímenes las modalidades de aplicación del código deberán limitarse, sin duda, a los medios de que dispone actualmente la comunidad internacional organizada. Es evidente que algunos crímenes contra la paz o contra la humanidad están relacionados con las políticas de ciertos gobiernos y no habría casi ninguna esperanza de obtener de dichos gobiernos que participasen en forma alguna en las diligencias judiciales y en las sanciones impuestas por los tribunales nacionales. Esto sería, evidentemente, un fallo muy serio del sistema de aplicación del código. Este mismo problema se plantearía, por otra parte, a una jurisdicción penal internacional, solución más apropiada, pero que probablemente

te no obtendría más aceptación ni sería más eficaz para los crímenes de este tipo.

30. En conclusión, el Sr. Arangio-Ruiz recuerda que uno de los principales especialistas contemporáneos de derecho internacional escribió hace veinte años que probablemente tendría que pasar un siglo para que las «analogías federales» resultasen válidas en materia de derecho internacional y de organización internacional. Por lo tanto, existe un punto en que las dos fórmulas posibles tropiezan con casi las mismas dificultades.

31. El Sr. TOMUSCHAT dice que los principios generales enunciados por el Relator Especial pueden considerarse como la piedra angular de un futuro código internacional y observa que, sobre algunas cuestiones, estos principios sobrepasan las normas de fondo. En especial, así ocurre con la norma fundamental sobre la jurisdicción, enunciada en el proyecto de artículo 4, según la cual todo Estado tendría el derecho —e incluso la obligación— de juzgar o de ordenar la extradición del presunto autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin duda, esta norma de jurisdicción universal es apropiada para los crímenes más graves, es decir, para la mayoría de los crímenes previstos en el proyecto de código. Pero existen casos en los que el crimen dista mucho de presentar un carácter de gravedad que justifique esta universalidad de jurisdicción. Por ejemplo, no se puede dejar la interpretación de la noción de injerencia en los asuntos de un Estado, noción muy vaga, ni su aplicación a los tribunales nacionales, cuyas diferencias en cuanto a la ideología harían que la inocencia o culpabilidad del acusado fuese una cuestión de arbitrariedad política.

32. Declarar que todo Estado es competente para juzgar al presunto autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad provocaría el caos. Sería mucho más aconsejable fundamentar la competencia en un vínculo real, como lo hace en un contexto diferente la CIJ, o por lo menos en un vínculo razonable. De otro modo, se correrá el riesgo de que los Estados se hagan la competencia para obtener la extradición de las personas detenidas por un Estado y que éste prefiera no juzgar; o también, de que un país de un continente determinado reclame la extradición de personas acusadas de haber cometido atrocidades en otro continente.

33. Por otra parte, querer establecer las normas que determinen la jurisdicción entre los Estados sería, sin duda, un esfuerzo inútil. La creación de un tribunal penal internacional sería, pues, la mejor solución. Sin embargo, por su parte el Sr. Tomuschat se contentaría con que se crease una comisión internacional de investigación encargada en cada caso de determinar los hechos y de publicar un informe.

34. La aceptación de una jurisdicción internacional servirá de criterio para dilucidar si el proyecto de código se toma en serio o si es, sobre todo, un instrumento destinado a utilizarse contra los débiles y no contra los poderosos. El derecho penal se basa en el principio de la igualdad y aplicarlo con prejuicios sería denegar la justicia. Por lo tanto, en opinión del Sr. Tomuschat, es necesario que acompañe al código un sistema que permita su aplicación, porque de otro modo no habría razón para formularlo.

35. Cuando se trata de los derechos humanos conviene avanzar paso a paso, empezando por determinar las normas necesarias y redactarlas para, a continuación, estudiar los medios de aplicación. Pero la situación es completamente diferente en la cuestión que se examina. Si, en un sentido, el derecho penal asegura a los individuos el respeto de los derechos humanos, por otra parte perjudica los derechos fundamentales de los acusados. Por lo tanto, es preciso procurar con todo cuidado de evitar los efectos nefastos. A este respecto, convendría que el proyecto de código vaya acompañado de un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional.

36. Pasando a las disposiciones del proyecto de código, el Sr. Tomuschat aprueba la idea de base del proyecto de artículo 2, excluyendo la protección que ofrecen las normas de derecho interno. En caso de abuso grave de los derechos soberanos del Estado, el que haya efectuado ese acto en calidad de agente del Estado no podrá invocar los privilegios habituales de la soberanía estatal.

37. En cambio, el proyecto de artículo 3 deja mucho que desear. Quizás cuando se trata de la responsabilidad de los Estados basta enunciar los criterios o elementos subjetivos que constituyen el acto internacionalmente ilícito. Pero en el caso actual, en el que interviene la responsabilidad penal del individuo, hay que tener en cuenta los factores objetivos. Para que haya un castigo es preciso que haya una culpa y este elemento subjetivo toma la forma de intención criminal o de simple negligencia. Para casi todos los crímenes previstos en el código es necesaria la intención, ya que los crímenes de masa no pueden resultar de un acto de negligencia. Convendría precisar esto en el texto para evitar todo malentendido.

38. Puesto que ya ha hablado de la cuestión de la creación de un tribunal penal internacional (proyecto de artículo 4), el Sr. Tomuschat pasa al proyecto de artículo 5, que aprueba en la medida en que en ese texto se trata de los crímenes previstos en el artículo I de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Pero duda que se pueda aplicar en las mismas condiciones a todos los crímenes contra la paz. Por ejemplo, el crimen de injerencia en los asuntos de un Estado es mucho menos grave que el asesinato —crimen para el que puede existir en derecho interno una prescripción—. Conviene además recordar la necesidad de facilitar la reconciliación. En el Uruguay, el restablecimiento reciente de la democracia ha sido posible gracias a la promesa de no instruir causa contra los autores de ciertos crímenes graves cometidos durante el régimen precedente ni sancionarlos. Cualesquiera que sean las objeciones que se opongan a olvidar los crímenes en esos casos, es evidente que una serie de procesos dificultaría el apaciguamiento de los sufrimientos. Por lo tanto, el Sr. Tomuschat tendría reparo en aceptar una norma demasiado rígida que no permitiese la reconciliación en este tipo de situaciones. También se plantea la cuestión de saber quién ejercería el derecho de gracia en virtud del proyecto de código, ya que, lamentablemente, parece ser que el principio de la universalidad de jurisdicción dificulta las medidas de clemencia.

39. En cuanto al proyecto de artículo 6, el Sr. Tomuschat aprueba sin reservas las observaciones del Sr. Illueca (1964.ª sesión). La comunidad internacional

ha proclamado las garantías jurisdiccionales en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>6</sup> y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>7</sup>. Este último instrumento se acepta en el mundo entero y son parte en el mismo más de 80 Estados. Puesto que esta norma internacional existe, convendría mencionarla en el proyecto de artículo.

40. El proyecto de artículo 7 trata de un problema sobre el que se centró el debate jurídico en el proceso de Nuremberg: el de la aplicación de la ley *ex post facto*. Sobre esta cuestión, el Sr. Tomuschat se limita a decir que el código cuya redacción se examina tiene precisamente por objeto remediar las insuficiencias de los procesos de este tipo, codificando los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. El hecho mismo de entrar en vigor el código hará desaparecer el problema de la aplicación de la ley *ex post facto*.

41. Tal como lo interpreta el Sr. Tomuschat, el proyecto de artículo 7 significa que el castigo de una persona culpable de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no será legal más que si se hace de conformidad con las disposiciones del código, excepto cuando se cumplan las condiciones que se indican en el párrafo 2. En resumen, el código mismo es el que dará existencia jurídica a esos crímenes, y esto deberá quedar expresamente dicho en el proyecto de artículo. Por otra parte, el Sr. Illueca tiene razón al proponer que el texto del párrafo 2 se ajuste al del párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que termina con las palabras «reconocidos por la comunidad internacional».

42. En lo que respecta al proyecto de artículo 8, el Sr. Tomuschat aprueba la mayoría de las normas que se proponen. No obstante, es preciso recordar que el proyecto de código trata de la responsabilidad penal de la persona y, a este respecto, las primeras palabras del proyecto de artículo que menciona, lamentablemente, la «legítima defensa en caso de agresión, puede crear un malentendido. En primer lugar, la legítima defensa en caso de agresión no constituye una agresión que se deba justificar. En segundo lugar, el único acto de legítima defensa en el contexto del proyecto de código es la legítima defensa individual. Por lo tanto, el Sr. Ushakov (1965.ª sesión) tiene razón al proponer que se modifique esta disposición de manera que se precise bien la distinción entre ambas formas de legítima defensa.

43. La redacción del proyecto de artículo 8 se debería examinar minuciosamente, ya que la forma negativa que se utiliza en todo el texto se podría interpretar en el sentido de que no existe la presunción de inocencia. Ahora bien, esta presunción es uno de los logros esenciales de toda comunidad civilizada y se debe conservar en el presente contexto.

44. En cuanto a la fuerza mayor, que figura en el apartado *b* del proyecto de artículo 8, el Sr. Tomuschat dice que no hay motivo para mencionarla en el proyecto de código que no trata más que de los actos u omisiones de carácter individual. En derecho penal no se podría acu-

sar a una persona de las consecuencias de un caso de fuerza mayor. La disposición del apartado *d* relativa al error también se presta a críticas. Puesto que la *mens rea* es una condición general y no basta que haya habido negligencia para que exista un crimen, en muchos casos el error de hecho quita gravedad al crimen. Se puede imaginar el caso de artilleros que disparen sobre los que creen ser soldados enemigos y hagan blanco en realidad sobre un objetivo civil, ¿se les consideraría en este caso responsables de un crimen de guerra? Finalmente, el apartado *e* del artículo se debe modificar, aunque sólo sea porque las normas del *jus cogens* se refieren a las relaciones entre los Estados y, por lo tanto, no se pueden invocar en derecho penal. Es evidente que es necesario volver a examinar todo el proyecto de artículo 8, a fin de ajustarlo a los principios de derecho penal generalmente admitidos.

45. Según el Sr. CALERO RODRIGUES, el Relator Especial ha sometido a la Comisión una serie de principios generales estrechamente relacionados con los crímenes internacionales que se examinan y ha procurado inspirarse en los principios generales de los derechos internos. Sin embargo, no todos estos principios pueden pasar del derecho interno al derecho internacional y tampoco pueden todos ellos aplicarse a los crímenes previstos en el proyecto de código.

46. En lo que respecta al carácter jurídico del crimen, el proyecto de artículo 1 (Definición) representa un progreso con respecto al texto anterior, el de la segunda variante propuesta para el antiguo artículo 3 (A/CN.4/387, cap. III). La solución adoptada por el Relator Especial permite evitar los inconvenientes de una definición de carácter general. Es de señalar, a este respecto, que en derecho interno los códigos penales no definen generalmente el crimen en términos generales, sino que se limitan a dar en los distintos artículos, la definición de cada uno de los crímenes previstos.

47. El Sr. Calero Rodrigues aprueba también la norma incorporada en el proyecto de artículo 2 (Tipificación) y la idea de que la calificación de un hecho como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, en virtud del derecho internacional, sea independiente del ordenamiento jurídico interno, como se dice en la primera frase de este artículo. Por lo que respecta a la segunda frase y al problema de la autoridad de la cosa juzgada, *non bis in idem*, evocado por Sir Ian Sinclair (1964.ª sesión), convendría precisar en el texto que no se trata de volver sobre este principio reconocido.

48. Con respecto a la aplicación del proyecto de código en el espacio, el Sr. Calero Rodrigues observa que, en principio, se supone que el código se aplicará universalmente o, más exactamente, sobre el territorio de todos los Estados partes. Se plantea, pues, la cuestión de determinar cuál es la jurisdicción competente. A este respecto, ocurre a veces (por ejemplo, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas cueles, inhumanos o degradantes<sup>8</sup>) que se aplique el principio *aut dedere aut judicare*, cuando los Estados convienen en calificar de crímenes ciertos actos en sus legislaciones nacionales respectivas. Se trata en este caso de una aplica-

<sup>6</sup> Véase *supra*, nota 4.

<sup>7</sup> Véase 1964.ª sesión, nota 5.

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

ción del «derecho penal internacional», en el sentido clásico de la expresión. Pero la cuestión que se examina se relaciona más bien con el «derecho penal interestatal», o el «derecho penal supranacional», o bien el «derecho penal universal». Por lo tanto, el problema planteado no es un problema de elección de un sistema legislativo, sino un problema de delegación de poderes por parte de los Estados.

49. Los dos oradores anteriores han declarado que las disposiciones del proyecto de artículo 4 eran de carácter prematuro y han demostrado en forma convincente la imposibilidad de aplicar el sistema de la universalidad de jurisdicción. Por lo menos teóricamente, la creación de un tribunal penal internacional sería la única solución aceptable.

50. En lo que respecta a la aplicación del código en el tiempo, Kelsen, entre otros autores, opina que la no retroactividad no debe ser un principio de derecho internacional. También se ha dicho con respecto al proceso de Nuremberg y del principio *nullum crimen sine lege* que la palabra *lex* se podía tomar en sentido amplio, considerándose que abarcaba el derecho consuetudinario, los principios generales, el derecho natural, las normas morales, etc. Esta explicación quizás sea ingeniosa, pero no es convincente. Sería mejor no intentar resolver este problema en el proyecto de código y contentarse con decir que el código no se aplicará más que a los crímenes que se cometan después de su entrada en vigor.

51. La noción de imprescriptibilidad es aceptable, dada la gravedad de los crímenes de que se trata. Por otra parte, en la mayoría de los países el código penal aplica la prescripción en forma proporcional a la gravedad de la infracción. Además, la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad se puede considerar como un principio de derecho internacional en vigor, a pesar de las pocas adhesiones de que ha sido objeto la Convención de 1968.

52. En cuanto a la aplicación del proyecto de código *ratione personae*, después de recordar que sólo a título de hipótesis de trabajo la Comisión decidió limitar la aplicación del código a las personas, el Sr. Calero Rodrigues considera que, a medida que la Comisión avanza en sus trabajos, esta hipótesis se va haciendo más convincente y que, por lo tanto, convendría pedir a la Asamblea General que confirmase esta decisión acerca del ámbito de aplicación del código.

53. La noción de crimen internacional figura en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, y si se mantiene, serán las disposiciones de ese artículo las que se aplicarán a los crímenes imputables a los Estados. En el proyecto de código que se examina se trata de los crímenes internacionales cometidos por personas individuales.

54. Convendría revisar el texto del proyecto de artículo 3. En su forma actual dice que toda persona que haya cometido un crimen contra la paz y la seguridad es responsable de su acto, cuando en realidad no siempre es éste el caso, ya que el autor del acto puede invocar una justificación.

55. Sin embargo, el principio general más importante sigue siendo el de la imputabilidad. Para que pueda imponerse castigo a una persona es preciso que haya habido un crimen y que esta persona sea responsable del mismo. Generalmente, en derecho penal el problema de la atribución de la responsabilidad o de la imputación del crimen a una persona se plantea en dos tipos de circunstancias: en primer lugar, en los casos en que no puede considerarse responsable al autor del acto por razones subjetivas, es decir, relativas a su persona (*in personam*); en segundo lugar, en los casos en que existen «causas de justificación» de carácter objetivo, relativas al acto (*in rem*). En la primera categoría (*in personam*) figuran los casos de incapacidad mental, de coacción (física o moral) y de error; en la segunda (*in rem*) los casos de obediencia a las órdenes de un superior jerárquico, los casos de legítima defensa y los casos de estado de necesidad.

56. En su cuarto informe (A/CN.4/398, párrs. 177 y ss.), el Relator Especial enfoca esta cuestión en forma bastante diferente y habla de las «causas de justificación» que eliminan el carácter ilícito del acto y de «circunstancias eximentes», relativas al ámbito de la responsabilidad; en este último caso no queda afectado el fundamento de la responsabilidad, puesto que subsiste el acto ilícito, pero no se puede perseguir judicialmente al autor del hecho.

57. La noción de circunstancia atenuante se acerca a la noción de circunstancia eximente y el Relator Especial acierta al decir (*ibid.*, párr. 181) que no ha llegado el momento de examinar esta cuestión, dado que aún no se ha abordado el problema de las consecuencias penales del crimen. Sin embargo, el Sr. Calero Rodrigues expresa reservas con respecto a la declaración que formula el Relator Especial sobre la aplicación de las penas, de que

[...] Si, como parece probable, el proyecto se limita a una enumeración de las infracciones, dejando que los Estados se encarguen de juzgarlas y sancionarlas, correspondería a éstos aplicar sus propias leyes internas en materia de sanción penal. [...] (*Ibid.*)

58. El Relator Especial menciona (*ibid.*, párr. 190) seis causas de justificación posibles —la coacción, el estado de necesidad, el error, el cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico, el carácter oficial del autor de la infracción y las represalias y la legítima defensa— pero excluye las represalias y la legítima defensa que no se aplicarían a todos los crímenes previstos en el código (*ibid.*, párrs. 250 y 253). Concluye asimismo que el carácter oficial del autor del acto no se puede invocar como causa de justificación, conclusión que aprueba el Sr. Calero Rodrigues. Sin embargo, parece necesario formular una disposición sobre este punto, teniendo en cuenta las normas generales sobre la inmunidad. Quizá esta disposición podría redactarse en forma de un párrafo distinto del artículo 3, en el que se define la responsabilidad del autor de un crimen. Por lo tanto, quedan cuatro causas de justificación: la coacción, el cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico, el estado de necesidad y la fuerza mayor, y el error.

59. El Sr. Calero Rodrigues abriga serias dudas sobre el texto de proyecto de artículo 8, en el que, después de haberse enunciado el principio general de no excepción, se va confirmando este principio para cada uno de los casos posibles, añadiendo a cada confirmación una ex-



cepción de la excepción. Por ejemplo, «la coacción, el estado de necesidad o la fuerza mayor no eximirán al autor de la responsabilidad penal», a lo que se añade «salvo que haya obrado bajo la amenaza de un peligro grave, inminente e irremediable». Esta misma fórmula se emplea en las disposiciones relativas a las órdenes emanadas de un gobierno o de un superior jerárquico. En el caso del error, la fórmula utilizada es la de que el error de derecho no exime al autor de un acto de su responsabilidad penal «a menos que, en las circunstancias en que se hubiere cometido, tuviere para éste carácter invencible».

60. El Sr. Calero Rodrigues propone que, en lugar de este texto, se exprese en términos positivos y claramente definidos cada una de las causas de justificación aplicables. Por ejemplo, en el caso de la coacción se determinaría en el código que para que se considere que existe una causa de justificación el autor del crimen debe encontrarse amenazado por «un peligro grave, inminente e irremediable». Es de observar, a título de comparación, que en ciertos países, entre los que se encuentra el Brasil, el código penal precisa que sólo puede considerarse causa de justificación la «coacción irresistible». Lo mismo puede decirse con respecto a las órdenes emanadas de un superior jerárquico que pueden constituir una excepción admisible si, como dice el Relator Especial, toman la forma de un acto coercitivo (*ibid.*, párr. 225). Los crímenes contemplados en el proyecto de código son demasiado graves para que una simple orden constituya una causa de justificación. Sólo cuando esta orden equivalga a una coacción se podrá admitir como eximente de la responsabilidad.

61. Con respecto al estado de necesidad, el Relator Especial considera que no debe existir «desproporción entre el interés sacrificado y el interés protegido» (*ibid.*, párr. 196). Parecería que esto debería aplicarse también a la coacción, ya que una persona cuya vida se encuentre amenazada no está obligada en derecho a perder su vida para salvar la de otra persona. Por otra parte, este mismo problema se podría plantear en relación con los actos de genocidio.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 1967.ª SESIÓN

*Lunes 16 de junio de 1987, 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. Koroma, Sr. Laclata Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Sucharitkul, Sr. Thiam, Sr. Ushakov.

### Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (*continuación*) [A/CN.4/387<sup>2</sup>, A/CN.4/398<sup>3</sup>, 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) (*conclusión*)

1. El Sr. McCaffrey se limitará a hacer algunas observaciones generales y de carácter preliminar sobre ciertos principios generales contenidos en la parte IV del informe (A/CN.4/398).

2. En lo que respecta a los dos principios relativos a la aplicación de la ley penal en el tiempo, el Sr. McCaffrey, refiriéndose en primer lugar a la regla *nullum crimen sine lege*, apoya la conclusión del Relator Especial según la cual la Comisión debería basar su labor en la defensa del individuo contra la arbitrariedad (*ibid.*, párr. 156), en particular si no se crea ningún tribunal penal internacional, así como la conclusión según la cual habría que dar a esa norma un contenido flexible (*ibid.*, párr. 157). En general aprueba también la declaración —citada en el informe (*ibid.*, párr. 161)— del juez norteamericano Francis Biddle, que suscita la cuestión de determinar si el principio *nullum crimen sine lege* corresponde al derecho natural o al derecho positivo. No obstante, esta cuestión no representará un obstáculo, una vez que se haya elaborado el código, ya que las infracciones estarán claramente definidas. Por último el Sr. McCaffrey estima, como el Relator Especial, que hay que interpretar la palabra «derecho» en su sentido más lato (*ibid.*, párr. 163). La Comisión debería guardarse de interpretar la regla *nullum crime sine lege* de forma demasiado limitada. En cualquier circunstancia, el Sr. McCaffrey duda de que esa regla pueda ser causa de dificultades en el caso del código ya que la situación actual está lejos de ser la misma que en 1945 y que la comunidad internacional en su conjunto está más ampliamente de acuerdo sobre los principios jurídicos. Por el contrario, no ocurre lo mismo con la regla *nulla poena sine lege*, ya que habrá que tratar de fijar parámetros respecto a sanciones.

3. Además, en lo que se refiere al principio de la prescriptibilidad de la ley penal, el Sr. McCaffrey no cree que sea totalmente exacto decir (*ibid.*, párr. 165) que el concepto de prescripción es desconocido en el derecho angloamericano. Ese concepto existe indudablemente en el derecho americano actual, por ejemplo. Evidentemente plantea menos problemas respecto a los individuos que respecto a los Estados. Pero incluso en lo que se refiere a los individuos, el Sr. McCaffrey no está convencido de que las consideraciones de principio que

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario ... 1986*, vol. II (primera parte).