

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).

serven de base a la prescripción, como la caducidad de las pruebas y las garantías de procedimiento, no puedan aplicarse nunca al sujeto considerado. Si se quiere que el individuo quede protegido contra la arbitrariedad es necesario que la Comisión prevea la posibilidad de introducir en el código disposiciones en materia de plazos de prescripción análogas a las que se encuentran en la mayoría de los códigos penales. La cuestión merece ser estudiada más a fondo habida cuenta, en particular, del hecho de que muy pocos Estados han ratificado la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

4. El Sr. McCaffrey, pasando a la aplicación de la ley penal en el espacio, se refiere al concepto de competencia universal examinado por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 173 a 176) y señala que raras veces tribunales nacionales ordinarios han ejercido una competencia universal en el pasado. Los ejemplos citados por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 174 y 175) se refieren a tribunales que han sido expresamente constituidos para conocer de situaciones únicas en su género. En cuanto a concluir, como el Relator Especial (*ibid.*, párr. 176), que a falta de una jurisdicción internacional, la competencia deba atribuirse inevitablemente a los tribunales nacionales, el Sr. McCaffrey no está convencido. El problema está en definir los tribunales así como las circunstancias que se considera que son competentes. En realidad, si se exceptúan los regímenes comerciales, apenas se sabe cuáles son precisamente el carácter, las consecuencias y las modalidades de la competencia universal. ¿Tienen los tribunales nacionales competencia para conocer de los tipos de crimen que la Comisión tiene en estudio? ¿A instancia de quién pueden ser perseguidos los presuntos autores, a la de particulares o a la de las autoridades de un Estado extranjero? ¿Pueden ser perseguidos por defecto los presuntos autores? Respecto a esas cuestiones, ¿es posible remitirse al derecho interno del que dependerían normalmente? Si así fuera, ello sería el caos.

5. Existen varios modelos de competencia universal en derecho internacional. Los artículos 9 y 10 del proyecto de convención sobre jurisdicción respecto del crimen de la Escuela de Derecho de Harvard<sup>4</sup> delimitan estrictamente las circunstancias en las que un Estado puede ejercer ese tipo de competencia. En el volumen II de su tratado de derecho penal internacional, M. C. Bassiouni y V. P. Nanda<sup>5</sup> subrayan la función que el derecho penal nacional y los órganos judiciales nacionales tendrán necesariamente que ejercer para asegurar la aplicación del derecho penal internacional. En su proyecto de versión revisada del *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, el American Law Institute señala que el nuevo artículo 404 de esa Ley reconoce la existencia de ciertas infracciones que en virtud del derecho internacional puede sancionar cualquier Estado aunque los autores de esas infracciones no tengan con él vínculos territoriales ni de nacionalidad. El Sr. Tomuschat (1966.ª sesión) ha señalado al respecto que

incluso la Convención sobre el genocidio no ha admitido el principio de la competencia universal. Por su parte, el Sr. McCaffrey estima, como Sir Ian Sinclair (1964.ª sesión), que hay que estudiar el tema con la mayor atención y que la Comisión debe evitar promover lo que constituiría, en el mejor de los casos, un esfuerzo desordenado de aplicación y, en el peor, una venganza.

6. El Sr. McCaffrey también opina que la Comisión debe preguntar a la Asamblea General si debe emprender la elaboración del estatuto de un tribunal penal internacional o incluso informar a la Asamblea de su intención de hacerlo. En cuanto a la propuesta del Sr. Balandá (1966.ª sesión) de no admitir, para los efectos del código, los delitos políticos entre las excepciones al principio de la extradición, el Sr. McCaffrey estima que plantearía dificultades pero que merece ser estudiada en el marco de la cuestión global de la extradición.

7. En lo que se refiere a la determinación y al alcance de la responsabilidad, el Sr. McCaffrey se felicita por el rigor intelectual de que ha dado prueba el Relator Especial al establecer una distinción entre la justificación y las circunstancias atenuantes y eximentes. Tras dar ejemplos de la forma en que a su juicio, se aplicarían esas definiciones, el Sr. McCaffrey indica que aunque aprueba la conclusión formulada por el Relator Especial (A/CN.4/398, párr. 181) sobre este asunto, la cuestión relativa a la aceptación o rechazo de las circunstancias eximentes por los jueces de cada país, merece ser estudiada más a fondo.

8. Respecto a la coacción, al estado de necesidad y a la fuerza mayor, el Sr. McCaffrey comprueba que el fallo invocado por el Relator Especial, según el cual «Ningún tribunal castigará a un hombre al que se ha obligado, con una pistola apoyada contra la sien, a bajar una palanca mortal» (*ibid.*, párr. 192), parece contradecir la conclusión según la cual hay que excluir del campo de aplicación de esas excepciones los crímenes de lesa humanidad y los crímenes contra la paz que no guardan proporción con ningún otro acto (*ibid.*, párr. 198). Esa conclusión necesita ser estudiada más atentamente ya que ninguna disposición del código impedirá a nadie cometer un crimen contra la humanidad puesto que se encuentra bajo la coacción. A ese respecto, el Sr. McCaffrey hace recordar el ejemplo del guardia de un campo de concentración, dado por el Sr. Calero Rodrigues. Esa misma observación puede aplicarse por lo menos a la fuerza mayor.

9. En cuanto al error, el Sr. McCaffrey apoya en general el punto de vista expresado por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 216) aunque, como ha señalado el Sr. Tomuschat, esa cuestión necesita ser estudiada más a fondo en particular en lo que se refiere a los errores de hecho.

10. En cuanto a la orden del superior jerárquico, el Sr. McCaffrey se congratula por la distinción que el Relator Especial establece entre la orden ejecutada bajo coacción o por error, por una parte, y la invocación de la orden sólo como justificación, por otra parte. En cuanto a la coacción, el Relator Especial hace una observación importante relativa al rigor del Estatuto de Nuremberg por oposición a la flexibilidad de los Principios de Nuremberg (*ibid.*, párr. 221). En cuanto al error, el

<sup>4</sup> *Research in International Law*, parte II: «Jurisdiction with respect to crime», *Supplement to The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 29, 1935, págs. 440 y 441.

<sup>5</sup> *A Treatise on International Criminal Law*, vol. II, *Jurisdiction and Cooperation*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1973.

Sr. McCaffrey aprueba el principio general que se enuncia en el informe (*ibid.*, párr. 230). Al respecto cita la obra de L. C. Green titulada *Superior Orders in National and International Law*<sup>6</sup>. El Relator Especial quizá encuentre interesante este profundo estudio comparativo de los sistemas jurídicos de varios países. En particular, esta obra concluye que para juzgar si la orden implicaba manifiestamente la perpetración de un acto criminal, el tribunal debe preguntarse si ese hecho era evidente también para otras personas que se encontraran en una situación análoga a la del acusado. El Sr. McCaffrey aprueba la conclusión general del Relator Especial (*ibid.*, párr. 233) según la cual «la orden no constituye en sí misma una justificación».

11. El Sr. SUCHARITKUL señala en primer lugar que, en su versión definitiva, el proyecto de código deberá incluir una lista de actos que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad así como disposiciones relativas a los principios generales, a las sanciones y a la cuestión de la creación de una jurisdicción internacional, y después examina los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial.

12. La definición que se da en el proyecto de artículo 1 es satisfactoria. Sin embargo, se podría añadir que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son los crímenes de derecho internacional «más graves».

13. El proyecto de artículo 3 trata a la vez de la responsabilidad y de la sanción. En efecto, quizá esos dos conceptos sean paralelos. En lo que se refiere a la responsabilidad, evidentemente en este caso se trata de la responsabilidad individual y no de la responsabilidad del Estado. En cuanto a las sanciones, el Relator Especial se ha abstenido, con razón, de entrar en detalles, ya que si la Comisión decidiera abordar la cuestión de las penas aplicables, se vería obligada a preguntarse si el código debe prever o no la pena de muerte o la pena de cadena perpetua, lo que la llevaría demasiado lejos. Es preferible dejar al tribunal competente que determine, en cada caso, la pena que conviene aplicar. Así pues, la fórmula utilizada por el Relator Especial, a saber «el autor [...] estará sujeto a la imposición de una pena», parece suficiente, siempre que, de ser necesario, se complete con algunos ejemplos de penas.

14. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 4 el Relator Especial ha tenido razón en precisar que la disposición del párrafo 1 no prejuzga la cuestión de la existencia de una jurisdicción penal internacional. Es cierto que el ideal sería prever la creación de un tribunal internacional, pero ese proyecto será difícil de realizar, tanto más cuanto que hay quienes desean que el proyecto de código se aplique a los Estados en calidad de personas morales. Ahora bien, la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados es de la competencia de otro Relator Especial, por lo que no se ha previsto en el marco del proyecto de código.

15. A falta de una jurisdicción penal internacional o en espera de esa jurisdicción, es importante que las jurisdicciones nacionales puedan conocer de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad que constituyen, como se afirma en el párrafo 1 de ese mismo

proyecto de artículo, infracciones universales. El Sr. Sucharitkul recuerda al respecto que la Constitución de los Estados Unidos de América (art. I, secc. 8, párr. 10) faculta al Congreso para definir y castigar la piratería en alta mar así como las infracciones del derecho internacional, y que además muchos crímenes, entre ellos los previstos en el Convenio de Tokio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, de 1963<sup>7</sup>, en el Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 1970<sup>8</sup>, pueden ser reprimidos, al menos en teoría, sobre la base de la competencia universal.

16. El proyecto de artículo 5 enuncia un principio general, a saber que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es por naturaleza imprescriptible. A ese respecto, se impone una cierta circunspección. Dado que el concepto de humanidad evoluciona mucho en el tiempo —relacionado en un principio con la ciudadanía ha adquirido después una dimensión biológica— muy bien pudiera ser que un acto que no constituía un crimen en el momento en que se cometió llegase a serlo con la adopción de una definición diferente del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

17. Afortunadamente, ese principio, que a veces podría ser peligroso, queda moderado con el de la irretroactividad de la ley penal, que constituye el objeto del proyecto de artículo 7 y que prevé que nadie será condenado por una acción u omisión que en el momento de cometerse no constituía un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Al igual que las garantías jurisdiccionales enunciadas en el proyecto de artículo 6, la regla *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* tiene por objeto proteger a toda persona acusada de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Pero es necesario proteger también a las víctimas de ese tipo de crimen. Por ello, el Sr. Sucharitkul apoya también las disposiciones del párrafo 2 del proyecto de artículo 7 que son perfectamente justas ya que se refieren no a las personas inculpadas o que son objeto de un procedimiento judicial sino a aquellas que han sido juzgadas y condenadas.

18. Apoya igualmente el proyecto de artículo 8. El derecho a la legítima defensa es un derecho natural, tanto para el individuo como para el Estado, por lo que es normal que el ejercicio de ese derecho constituya una excepción al principio de la responsabilidad. La orden emanada de un gobierno o de un superior jerárquico, prevista en el apartado c, no puede, en efecto, eximir de su responsabilidad penal al autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad más que si ha actuado bajo la amenaza de un peligro grave, inminente e irremediable. En cuanto al error de derecho o de hecho, es evidente que no puede constituir una excepción al principio de la responsabilidad más que si reviste un carácter insuperable para su autor. La mención de la coacción se presta más a controversias. A juicio del Sr. Sucharitkul cuando el autor de un crimen sufre una coacción corporal absoluta (*vis absoluta*) ya no es verdaderamente el autor. Se convierte en un instrumento, por lo que no puede ser considerado responsable.

<sup>6</sup> Leyden, Sijthoff, 1976.

<sup>7</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 704, pág. 242.

<sup>8</sup> *Ibid.*, vol. 860, pág. 123.

19. El proyecto de artículo 9, que prevé que la responsabilidad penal puede ser atribuida al superior jerárquico, es satisfactorio aunque se puede considerar que se aparta del principio según el cual la responsabilidad penal es estrictamente personal y nadie puede ser responsable de los actos de los demás.

20. El Sr. Sucharitkul estima que las disposiciones relativas a la distribución de la responsabilidad, en particular al complot y a la complicidad, tendrían verdaderamente su lugar entre los principios generales y podrían, en particular, ser incluidas en el proyecto de artículo 3.

21. En cuanto a las disposiciones del capítulo II del proyecto de artículos, el Sr. Sucharitkul dice que la distinción que hace el Relator Especial en el proyecto de artículo 10 entre los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra está perfectamente fundada. Además de ser conforme a la práctica de los Estados, esa distinción refleja las diferencias que existen entre los diversos crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad desde el punto de vista de las circunstancias eximentes y atenuantes, de los hechos justificativos e incluso de las penas. Por ejemplo, los hechos justificativos no pueden tenerse en cuenta más que para los crímenes de guerra. En cuanto a las penas, no son las mismas para las tres categorías de crímenes.

22. En lo que se refiere a los crímenes contra la paz tratados en el proyecto de artículo 11 —la agresión, la amenaza de agresión, la intervención en los asuntos internos o externos de otro Estado— son sin duda, por naturaleza, actos extremadamente graves. Pero no puede decirse lo mismo respecto de los actos terroristas. Sólo los más graves deben ser mencionados en el proyecto de código.

23. Tampoco ocurre lo mismo con las infracciones previstas en el proyecto de artículo 13. Aunque las infracciones graves a las leyes y usos de la guerra son crímenes de guerra, todos los crímenes de guerra no constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Así pues, sería preferible suprimir la referencia a las leyes y usos de la guerra, que varían mucho en el espacio y en el tiempo, y atenerse al criterio de la gravedad. Sólo pueden colocarse entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad los crímenes de guerra más graves.

24. Por último, para elaborar el proyecto de código la Comisión no debe basarse únicamente en el proyecto de código de 1954, en la Definición de la agresión<sup>9</sup>, en el Reglamento de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre<sup>10</sup> ni en los Convenios de Ginebra de 1949<sup>11</sup> y sus Protocolos adicionales de 1977<sup>12</sup>. Debe tener en cuenta también las diversas resoluciones pertinentes de la Asamblea General evocadas por el Sr. Illueca (1961.\* y 1964.\* sesiones). Algunos miembros de la Comisión se han preguntado acerca del valor intrínseco de esas resoluciones. Por ejemplo el Sr. McCaffrey ha señalado que, dado que la Asamblea

General no es un órgano legislativo, los textos que adopta no siempre tienen valor jurídico y no obligan necesariamente a todos los Estados. Pero ese punto de vista no lo comparte la comunidad internacional en su conjunto. En particular el Grupo de los 77 tiene una opinión diferente sobre la cuestión. En efecto, aunque no todas tienen fuerza de ley como la Declaración Universal de Derechos Humanos, las resoluciones de la Asamblea General, ya se trate de resoluciones declarativas, afirmativas o de codificación, de resoluciones que tratan de cristalizar las normas de derecho o incluso de resoluciones que contribuyen al desarrollo progresivo del derecho internacional, tienen un valor innegable y la Comisión debe tenerlas en cuenta.

25. El Sr. MALEK se limitará a formular algunas breves observaciones sobre ciertos puntos planteados durante el debate.

26. Según algunos miembros de la Comisión, varios actos, entre ellos el terrorismo internacional, la trata de seres humanos, el tráfico de estupefacientes, la esclavitud, deben ser clasificados en la categoría de crímenes contra la humanidad, categoría en la cual el Relator Especial propone por su parte, que se incluyan los atentados graves contra el medio ambiente. Pero si bien es cierto que en el plano moral y humano sería muy de desear que todos esos actos que presentan una gravedad extrema pudieran ser considerados como crímenes contra la humanidad, hay que prever que sólo podrán incluirse en el proyecto de código aquellos que corresponden efectivamente a la definición del crimen contra la humanidad, la cual en líneas generales se encuentra incorporada desde hace bastante tiempo en el derecho internacional. No se acierta a comprender cómo, en el plano técnico, el tráfico de estupefacientes e incluso, en ciertos casos, el terrorismo internacional podrían ser calificados de crímenes contra la humanidad, los cuales tienen de particular que son cometidos por motivos precisos, limitativamente determinados, de orden social, político, u otro. Asimismo, la esclavitud no podrá ser incluida pese a su carácter odioso, excepto cuando se trate de una forma de esclavitud análoga a la prevista en el proyecto de código, a saber «la esclavitud [...] contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales» (art. 12, párr. 3), la que combina los diferentes elementos propios del crimen contra la humanidad que se han incluido en todas las definiciones oficiales o doctrinales elaboradas desde los procesos de Nuremberg.

27. El principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad queda enunciado en el proyecto de artículo 5. Sin querer volver sobre los fundamentos jurídicos de ese principio, el Sr. Malek desea simplemente señalar a la atención de la Comisión el hecho de que este principio se impone por sí mismo y que no es posible ignorarlo ni oponerse a él. La impunidad de cualquiera de los crímenes previstos, tanto si está garantizada por la prescripción o por otro medio, suscita a menudo reacciones violentas de gran alcance. Muchas veces tiene por efecto entregar los culpables a las víctimas o a personas vinculadas a ellas por la sangre, la raza, la religión, etc. En efecto, éstas tienden a no poder olvidar nunca y a no retroceder ante ningún

<sup>9</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo.

<sup>10</sup> Véase 1958.\* sesión, nota 7.

<sup>11</sup> *Ibid.*, nota 6.

<sup>12</sup> Véase 1959.\* sesión, nota 6.

obstáculo, ya sea de carácter jurídico o de otra índole, para infligir a los culpables el castigo que merecen.

28. Parece que la fuerza de ese principio de la imprescriptibilidad se debe menos a las fuentes de derecho que lo justifican que al apoyo espontáneo de la conciencia universal que se rebela contra la idea de que puedan quedar sin castigo crímenes tan graves. Se trata de tener en cuenta no sólo las consecuencias persistentes de una guerra que terminó hace casi medio siglo sino también las consecuencias de muchos conflictos actuales en diferentes puntos del globo, en particular el que destroza al Líbano. Ahora bien, en ese país las generaciones futuras conservarán el recuerdo espantoso de los actos de crueldad que se cometen y de quienes los cometen o de sus cómplices. Así pues, cabe esperar que la Comisión adoptará oportunamente y sin oposición el proyecto de artículo 5 tal como está redactado, sin incluir ninguna modificación tendente a limitar su alcance.

29. Aunque el principio de la legalidad de las acusaciones queda enunciado en el proyecto de artículo 7, el de la legalidad de las penas no parece haberse tenido en cuenta. Es cierto que se trata de una cuestión que en el contexto de la justicia internacional penal es sumamente complejo, pero del Relator Especial quizá pueda volver a considerarlo en una etapa más avanzada de su labor. En realidad, la Comisión debería volver a examinar el artículo 5 del proyecto de código que adoptó en primera lectura en su tercer período de sesiones celebrado en 1951. El texto de ese artículo, que dudó mucho en suprimir en 1954 decía lo siguiente:

La pena que haya de imponerse por cualquier delito definido en el presente Código será determinada por el tribunal que ejerza jurisdicción sobre el acusado, tomando en cuenta la gravedad del delito<sup>13</sup>.

Para suprimirlo se había hecho valer que no tenía suficientemente en cuenta el principio generalmente aceptado *nulla poena sine lege*, puesto que preveía que se dejase al tribunal competente la libertad de fijar las penas que había que aplicar. Esa crítica quizá esté parcialmente fundada. Pero ese proyecto de artículo 5 habría tenido al menos la ventaja de subrayar el carácter real y efectivo de la disposición que constituye actualmente el objeto del proyecto de artículo 3 y según la cual «Toda persona que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenida por responsable e incurrirá en una pena.» Indicaría claramente que los crímenes enumerados en el código nunca se dejarían voluntariamente sin castigo.

30. Además, es dudoso que el hecho de dejar al tribunal competente la libertad de fijar la pena pueda ser contrario al principio *nulla poena sine lege*. Si se reconociera competente a una jurisdicción nacional, ésta aplicaría las penas previstas en derecho interno. Si se creara una jurisdicción penal internacional y fuera reconocida competente para conocer de los crímenes previstos en el código, aplicaría las penas prescritas ya sea con arreglo al derecho internacional en vigor —que proporciona indicaciones útiles al respecto y prevé diferentes penas e incluso la pena de muerte para los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad— o mediante cualquier otro ins-

trumento internacional que la vinculara directamente, tal como el que la hubiera creado o el que le hubiera atribuido esa competencia. Es difícil concebir cómo podría la Comisión, en esa fase, tener en cuenta tal principio de la legalidad de las penas más que adoptando una disposición de carácter general del tipo de la que se prevé en el proyecto de artículo 5 mencionado, sobre todo si decidiera incluir a los Estados entre los autores de los crímenes castigados en el código.

31. La cuestión de la creación de una jurisdicción penal internacional ha sido planteada por muchos miembros de la Comisión que han subrayado, a veces con insistencia, el estrecho vínculo que existe entre tal jurisdicción y el proyecto de código. En efecto, para que un proyecto de código tenga cierta utilidad sería necesario que a la vez se determinase la autoridad que tendrá que garantizar la aplicación del código. En realidad es ésta una de las cuestiones más importantes. A ese respecto, a juicio del Sr. Malek, la Comisión debería, en su informe sobre su 38.º período de sesiones, señalar a la atención de la Asamblea General su resolución 1187 (XII) de 11 de diciembre de 1957, en la que la Asamblea decidió aplazar el examen de la cuestión de la jurisdicción penal internacional hasta cuando la Asamblea General examinara nuevamente la cuestión de la definición de la agresión y la cuestión del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, insistiendo en el estrecho vínculo que existe entre el código y la creación de una jurisdicción penal internacional y formulando observaciones sobre la cuestión a fin de alentar a la Asamblea General a crear, como lo hizo en 1950 y en 1952, un comité especial encargado de redactar un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional o a confiar esa área a la misma Comisión. No hay que perder de vista que en su segundo período de sesiones, celebrado en 1950, la Comisión expresó la opinión de que era conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de crímenes que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales<sup>14</sup>.

32. El Sr. ROUKOUNAS indica que su intervención se referirá a los proyectos de artículos 2 y 4. Según el proyecto de artículo 2, la calificación de un hecho como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es independiente del ordenamiento interno, es decir, que el derecho interno no podría oponerse al derecho internacional ni tener por efecto «descriminalizar» un hecho calificado de crimen por el código. De ello se deduce que los individuos tienen obligaciones internacionales que prevalecen sobre las obligaciones que les incumben en el plano nacional, aun cuando en el decenio de 1950 ni el Relator Especial ni la Comisión han hablado explícitamente de la primacía del derecho internacional. Así pues, la fórmula propuesta es un medio de tratar indirectamente de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

33. Sobre este punto, el Sr. Roukounas tiene dos observaciones que hacer. Por una parte, en el proyecto de 1951 se trataba de la independencia del derecho internacional con relación a las sanciones y cabe comprender

<sup>13</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/1858), pág. 17.

<sup>14</sup> *Ibid.*, quinto período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/1316), pág. 18, párr. 140.

que en aquel entonces la sanción, impuesta por tribunales internacionales, debía legalizarse en alguna forma. Por consiguiente, un tribunal internacional podría pronunciar una pena independientemente de la existencia de penas análogas en derecho interno. Aunque el Relator Especial emplea en lugar del término «sanciones» el término «tipificación», se debe a que por el momento la Comisión ha retenido como hipótesis de trabajo la tipificación del crimen. Por otra parte, la cuestión de si con esa fórmula la Comisión soluciona también las diferentes cuestiones relativas a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno vistas desde el ángulo del derecho interno, ya que dejando de lado la cuestión de que no pueden oponerse, y aun teniendo en cuenta esa cuestión, la Comisión debe velar también por que no haya discrepancia entre el derecho internacional y el derecho interno. Un buen número, si no la mayoría, de los crímenes previstos en el proyecto están ya incluidos en el derecho internacional y los Estados saben que deben satisfacer sus obligaciones internacionales en la materia.

34. Por ello, sería útil examinar la situación con relación al derecho interno. Un estudio comparativo demostraría a la Comisión que actualmente se ofrecen tres posibilidades a los Estados: *a)* repetir los términos mismos del texto internacional —que no es necesariamente una convención— en su código penal añadiéndose eventualmente las sanciones; *b)* incluir sólo en parte el texto internacional en su código penal para colmar un *vacuum legis*, o *c)* remitir en general a las leyes y usos de la guerra en su código penal.

35. Aunque no todos los sistemas constitucionales requieren la introducción formal del texto internacional en el derecho interno, en la práctica el derecho interno, en este caso el derecho penal, debería comprender reglas idénticas o paralelas a las enunciadas en el texto internacional. Esto se explica en primer lugar, mediante el hecho de que la represión nacional de los crímenes internacionales —si hay represión— es la norma, siendo la represión por un órgano judicial internacional la excepción, al menos hasta ahora. Incluso después de la segunda guerra mundial, varios crímenes fueron juzgados por jurisdicciones internas. Y además, porque, a fin de garantizar la imprescriptibilidad, es necesario que el instrumento internacional vaya acompañado de disposiciones penales de derecho interno que definan el crimen e instituyan la sanción. Lo mismo ocurre en cuanto a la extradición, tanto para el Estado que la solicita como para el Estado requerido.

36. Por ello, el Sr. Roukounas estima necesario completar el proyecto de artículo 2 con una disposición que obligara a los Estados a tomar todas las medidas necesarias en el plano interno para hacer operacionales la tipificación y eventualmente la sanción previstas en el código, o remplazar el proyecto de artículo 2 por esa disposición. Así pues, la Comisión soslayaría la cuestión de no oponer el derecho interno al derecho internacional. El Sr. Roukounas se pregunta también si no sería posible estudiar la cuestión de la «autoexoneración» o de la exoneración por reciprocidad de que se trata en los artículos 51, 52, 131 y 148 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

37. En cuanto al proyecto de artículo 4, el Sr. Roukounas se declara favorable a la idea de estable-

cer una jurisdicción penal internacional destinada a conocer de las infracciones universales y a asegurar su represión. Mientras tanto, esas infracciones serían juzgadas por los tribunales nacionales, dotado entonces, en alguna forma, de una función internacional. El Sr. Roukounas se pregunta, a propósito de la segunda frase del párrafo 1, si la fórmula «haya sido detenido» tiene un sentido específico. En cuanto a la competencia universal que, como se sabe, no es la norma en las relaciones internacionales contemporáneas, el Sr. Roukounas recuerda que cuando se elaboró el Protocolo adicional I<sup>15</sup> a los Convenios de Ginebra de 1949, la extradición y, en general, la cuestión de la universalidad de la competencia fueron objeto de largas y penosas negociaciones que dieron como resultado el artículo 88 que trata, en términos bastante vagos, de la cooperación entre Estados. Este ejemplo demuestra que en ciertos casos hay universalidad de la competencia y en otros incitación a una colaboración entre Estados con miras a reprimir el crimen internacional.

38. Además, no hay que confundir siempre y necesariamente la competencia universal con el principio *aut dedere aut judicare*. Basta comparar el artículo V de la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* con los artículos VI y VII de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio para comprobar las diferencias de interpretación a que puede dar lugar ese adagio. Así pues, la Comisión podría reservar la competencia universal a las esferas en donde ya existe, el genocidio y el *apartheid*, por ejemplo, y preguntarse después si en el caso de los demás crímenes —tales como los previstos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos adicionales de 1977— se puede prever una competencia universal, es decir una cooperación entre los Estados lo más amplia posible, en espera de terminar con la definición de cada crimen y con las listas de los crímenes que hay que incluir en el código.

39. El Sr. EL RASHEED MOHAMED AHMED aprueba el enfoque general que el Relator Especial ha adoptado en lo que se refiere a los principios generales. Se propone introducir un elemento de espiritualidad que evoque una vez más los principios de la ley islámica.

40. En la Islam, la guerra tiene esencialmente un carácter defensivo. A los ojos de Dios la guerra de agresión es odiosa. El Corán dice: «Combatid en el camino de Dios a quienes os combaten, pero no seáis los agresores. Dios no ama a los agresores»<sup>16</sup>.

41. El derecho internacional ha prohibido la guerra de agresión. El conflicto armado es sin embargo un fenómeno permanente, desprovisto del elemento caballeresco de la declaración de la guerra. Si se admite que la guerra es ilícita, son quienes la hacen los que deberían sufrir sus consecuencias. Por ello, el derecho islámico apoya los Principios de Nuremberg.

42. Además, en derecho islámico la responsabilidad es rigurosamente personal. El concepto de responsabilidad colectiva es desconocido excepto en casos aislados en los

<sup>15</sup> Véase 1959.ª sesión, nota 6.

<sup>16</sup> *El Corán (op. cit.)* (1963.ª sesión, nota 9), azora II, versículo 190, pág. 32.

que, tras haberse dado muerte a una persona en un determinado lugar, se demuestra que los habitantes del lugar conocían o habrían debido conocer a su asesino y no lo han identificado ni lo han entregado a la justicia.

43. El Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed ha indicado ya (1963.ª sesión) que aprobaba la definición dada en el informe sobre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, así como su división en tres categorías. Ahora bien, la paz no ha sido definida. Es cierto que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes internacionales, definidos por el derecho internacional pero inevitablemente la terminología empleada está tomada del derecho interno. Así pues, se plantearán necesariamente dificultades de interpretación salvo en el caso poco probable de que se creara una instancia penal internacional. Si se llegase a un acuerdo sobre el principio de la competencia universal, sería natural que los jueces estuvieran influidos por su educación y su formación propias. El derecho internacional no ha nacido del vacío. El mismo Estatuto de la CIJ hace referencia, en el inciso c del párrafo 1 del artículo 38, a la aplicación por la Corte de «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

44. A falta de una interpretación que dé fe, parecería que se impone un léxico general; sin embargo, no bastará con señalar en el comentario que un determinado término o expresión no tiene el mismo sentido que en derecho interno. Dado que el proyecto de código no consiste más que en una enumeración de infracciones, no contiene normas de procedimiento, pero el derecho de procedimiento es el que prevé las garantías constitucionales de que goza el delincuente. Además, el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed piensa, como el Sr. Illueca (1964.ª sesión), que el mismo proyecto de código debería enunciar las garantías.

45. En lo que se refiere a la irretroactividad, la posición del derecho islámico no está alejada de la del derecho inglés. A ese respecto, existe una diferencia entre los crímenes castigados en virtud de las disposiciones del Corán o de la Sunna y las infracciones que corresponde sancionar al poder temporal según las exigencias de la situación. La ley que prevé ese último tipo de infracción debe ser publicada antes de ser aplicada. A ese respecto, la situación es parecida a la que existe en los sistemas jurídicos continentales.

46. No obstante, la noción de justicia que se aplicó en Nuremberg no corresponde exactamente a la noción de justicia del derecho islámico. Aunque el procedimiento sea penal por naturaleza, la sentencia debe ser circunscrita. Debe tener en cuenta el derecho de la víctima a la vez que mantiene un equilibrio justo entre el derecho de la comunidad de citar ante la justicia al delincuente y el derecho de este último a ser protegido contra la arbitrariedad.

47. Hans Kelsen ha dicho que «en los casos en que estos dos postulados de la justicia entran en conflicto, prevalece el postulado superior»<sup>17</sup>, pero la solución islámica que el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed acaba de mencionar es mucho más lógica. Es una fórmula basada

en la equidad que indica el criterio que hay que aplicar para evaluar los dos postulados que se encuentran en conflicto. La conclusión a que ha llegado el Relator Especial sobre ese punto constituye en este caso la mejor solución de avenencia, salvo si se adopta la sugerencia del Sr. Jagota (1965.ª sesión, párr. 50) encaminada a sustituir en el párrafo 2 del artículo 7 las palabras «los principios generales del derecho internacional» por «los principios y las normas de derecho internacional generalmente reconocidos».

48. En cuanto a la prescripción, la mayoría de las escuelas de derecho islámico no la admiten salvo dentro de límites muy reducidos. Las que aceptan la norma de la prescripción lo hacen en los casos (por ejemplo, el consumo de alcohol) en que, por su naturaleza, es difícil de establecer el hecho de que se trata después de un cierto tiempo. Estiman también que existe la posibilidad de que un procedimiento tardío sea motivado por la mala voluntad o algún otro móvil no declarado. Ahora bien, en lo que se refiere a los crímenes, como el asesinato, no se admite ninguna prescripción.

49. En cuanto a la competencia, el derecho islámico, en general y por razones prácticas, es favorable al principio de la territorialidad.

50. Será sumamente difícil crear un tribunal penal internacional, y el Sr. Balanda (1966.ª sesión) ha expuesto perfectamente esas dificultades. En ese intervalo, habrá que contentarse con el sistema de la competencia universal que, por otra parte, está prevista en varias convenciones como las relativas a la piratería. El Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed no cree que el código será superfluo si no se crea una instancia internacional; no obstante, será inoperante si no se aplica de una forma o de otra. En esas condiciones, la solución propuesta por el Relator Especial es la única posible.

51. Para completar el código sólo falta especificar las sanciones. La Comisión deberá afanarse en esa tarea. Más que la falta de una instancia internacional, sería la falta de sanciones la que restaría eficacia al código.

52. En lo que se refiere a los medios de defensa, la orden del superior jerárquico exige ciertas observaciones. En derecho islámico, la responsabilidad es rigurosamente personal. El medio de defensa que consiste en invocar la orden del superior jerárquico no es admisible ya que el Profeta ha dicho: «En verdad os digo, no hay que obedecer la orden de quien desobedece a Dios.» En su discurso inaugural, el Califa Abu Bakr declaró: «Obedezceme mientras yo obedezca a Dios. Si desobedezco a Dios, no exigiré ninguna sumisión de vuestra parte.» Cualquiera que sea la orden recibida de un superior, debe ser examinada a la luz de esa ley suprema; tanto si se llama ley divina o ley natural, su valor normativo no está totalmente determinado por el hombre.

53. Además, en el Islam todo dirigente es responsable de sus subordinados. Sin embargo, su responsabilidad penal no está comprometida más que si se ha establecido que ha tenido o hubiera debido tener conocimiento del acto reprochado y que tenía la posibilidad de impedir que fuera cometido. En consecuencia, el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed estima, como el Sr. Ushakov (1965.ª sesión) y el Sr. Sucharitul, que la responsabilidad debe

<sup>17</sup> Véase 1962.ª sesión, nota 11.

ser personal, pero un superior que ha guardado silencio cuando sabía que se cometían atrocidades y que tenía poder para ponerles término es penalmente responsable.

54. El Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, pasando al proyecto de artículos, subraya la necesidad de definir la paz y la seguridad en el artículo 3. En lo que se refiere al artículo 7, indica que apoya la sugerencia del Sr. Jagota relativa al párrafo 2. En el artículo 11, la definición de la agresión parece incompatible con el tema general del informe que se examina (A/CN.4/398), así como con la decisión de la Comisión de aprobar el principio de la responsabilidad individual en lugar de la responsabilidad de los Estados. Respecto al párrafo 2 del artículo 12, el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed prefiere la segunda variante. En cuanto al artículo 13, prefiere la segunda variante, que es más detallada.

55. El Jefe AKINJIDE indica que en su intervención anterior (1964.ª sesión), subrayó que toda referencia a las «costumbres de la guerra» suscitaba dificultades, cosa que no ocurría con las «normas de la guerra», más precisas. Las costumbres de la guerra varían de un período de la historia a otro. En la Edad Media eran muy diferentes de lo que son en la época contemporánea y nadie puede decir lo que serán dentro de cincuenta o de cien años.

56. Los Estados que tienen una constitución escrita difícilmente podrán ratificar un texto que haga referencia a las costumbres de la guerra. Es más, en la mayoría de los países, la aplicación de la convención que debería constituir el proyecto que se examina estará subordinada a la aprobación de una ley. Todo crimen previsto en ese instrumento deberá ser objeto de una disposición expresa. No bastará una referencia vaga a las costumbres de la guerra.

57. Pasando al principio *nullum crimen sine lege*, el Jefe Akinjide señala que entre los países en desarrollo son más los países que violan ese principio que los que lo respetan. Los gobiernos militares, en particular, con frecuencia crean crímenes y sanciones mediante decreto, a veces con efecto retroactivo.

58. En lo que se refiere a la cuestión de la responsabilidad, el Jefe Akinjide subraya la necesidad de definir los grados de responsabilidad. Evidentemente el jefe militar que ordene la comisión de un acto criminal y el recluta que se limite a obedecer las órdenes, no pueden ser considerados responsables en un mismo grado. Tanto el crimen como el castigo deben expresar esa diferencia. El proyecto de convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios<sup>18</sup>, que la Asamblea General estudia en la actualidad, hace una distinción entre varios grados de responsabilidad. Lo mismo ocurre con la Convención de la OUA de 1977 sobre la eliminación del mercenarismo en África<sup>19</sup>. Durante los procesos de mercenarios en Angola se hizo esa diferencia en la práctica.

59. En cuanto a la competencia, el Jefe Akinjide comparte los recelos de Sir Ian Sinclair (1964.ª sesión) y del

Sr. McCaffrey respecto al sistema de la competencia universal. La adopción de ese sistema entrañaría enormes dificultades. Es interesante señalar que en el artículo 14 del proyecto de convención contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios se ha mantenido el principio de la territorialidad.

60. En cuanto a la prescripción, el Jefe Akinjide señala que debe mantenerse esa regla en ciertos casos. En el plano interno a veces se juzga deseable, en interés público, no iniciar una acción judicial contra un individuo. Los casos de ese tipo están en función de la gravedad del delito, de las circunstancias de que se trate y del ambiente en general.

61. En el proyecto de artículo 11, el párrafo 8, que define el mercenarismo, se inspira en la definición dada en el párrafo 2 del artículo 47 del Protocolo adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>20</sup>. No obstante, habría que volver a ver las disposiciones del párrafo 8, que ya están anticuadas, a la luz de la experiencia adquirida en la actualidad por los países en desarrollo. En particular, se debería modificar en el apartado iii) el elemento de motivación del mercenario, que es «obtener un provecho personal» porque sería un cargo intolerable en la acusación, tanto más cuanto que se ha podido comprobar que los mercenarios no todos están motivados por consideraciones de provecho personal.

62. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, indica en primer lugar que sus comentarios se referirán al cuarto informe del Relator Especial en su conjunto (A/CN.4/398). Empieza señalando a la atención la distinción que debe hacerse entre el Estado y los individuos. En efecto, hay crímenes que sólo pueden ser cometidos por un Estado; es el caso de la agresión y en general de todos los crímenes contra la paz, incluido el terrorismo y el mercenarismo tal como los ha previsto el Relator Especial, crímenes en cuya perpetración el Estado tiene una función preponderante. Hay otros crímenes, como los crímenes de guerra, que pueden ser imputados a individuos. Teniendo en cuenta esa diferenciación, el Sr. Barboza sugerirá algunas modificaciones al proyecto de artículos.

63. ¿A quién debe imputarse un acto y la responsabilidad de ese acto en el caso de un crimen que sólo puede ser cometido por un Estado? Tomando el ejemplo de la agresión, el Sr. Barboza señala que no hay individuos agresores. Así pues, la agresión es imputable al Estado que ha actuado a través de sus órganos, que son individuos. Por consiguiente, esa misma conducta es imputada al Estado y al individuo. Los individuos no son responsables del crimen de agresión en calidad de personas sino que son responsables de haber hecho cometer al Estado el crimen de que se trata. Un mismo comportamiento da lugar, por lo tanto, a la perpetración de un crimen de derecho internacional y a la atribución de consecuencias al Estado, por una parte, y a los individuos —órganos del Estado— por otra parte. Esas consecuencias son, en el primer caso, las previstas en los proyectos de artículos 1, 6, 14 ó 15, según el caso, de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la respon-

<sup>18</sup> Véase 1960.ª sesión, nota 8.

<sup>19</sup> OUA, documento CM/817 (XXIX). Véase también A/CN.4/368, pág. 75.

<sup>20</sup> Véase 1959.ª sesión, nota. 6.

sabilidad de los Estados<sup>21</sup> y, en el segundo, las penas que eventualmente se apliquen a los individuos, cuestión sobre la cual la Comisión todavía no ha adoptado ninguna decisión. Desde este punto de vista, deberían modificarse varios artículos del proyecto de código. Así pues, respecto al proyecto de artículo 3, el Sr. Barboza se pregunta si la Comisión ha decidido ya sancionar a los Estados que fueran culpables de crímenes tales como la agresión. ¿Cómo se les puede asignar responsabilidad? Quizás convendría agregar al final de ese artículo una frase del siguiente tenor: «También serán responsables los individuos cuya conducta imputada al Estado hizo incurrir a éste en aquel crimen.»

64. En cuanto a la división de los crímenes en tres categorías, el Sr. Barboza estima que el proyecto de artículo 10 es inútil, aun cuando la Comisión decida mantener esa división tripartita, tanto más cuanto que ésta puede suscitar objeciones en cuanto a su coherencia con otros conceptos. El Sr. Barboza ya ha comprobado<sup>22</sup> que existe cierta dificultad en establecer un contenido unívoco del tema bajo el título «paz y seguridad». Es sabido que una mayor seguridad no es sinónimo de paz. En suma, la expresión «paz y seguridad» corresponde a un concepto inseparable que se refiere a una realidad donde no se sabe qué parte corresponde al elemento paz y cuál al elemento seguridad. Ahora bien, hay que hacer una distinción entre los crímenes contra la paz —que afectan necesariamente a la seguridad—, los crímenes contra la humanidad —de los que se supone que afectan a su paz y seguridad— y los crímenes de guerra —que perjudican también a la paz y a seguridad aunque el elemento «paz» puede estar ausente totalmente, por tratarse de crímenes cometidos en tiempo de guerra—. La culpa es de la historia, que ha legado a la Comisión una fórmula sacada de un informe dirigido al Presidente Truman (véase A/CN.4/387, párr. 21) por el juez Francis Biddle y que respondía acaso a un estado de ánimo propio de la época más que a un razonamiento lógico. Así pues, el Sr. Barboza se pregunta si la Comisión no debería buscar otro título para el proyecto de código y hablar, por ejemplo, de código de crímenes contra la seguridad de la humanidad, fórmula que justificaría la división tripartita en crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, los cuales ponen todos en peligro la seguridad de la humanidad.

65. El Sr. Barboza, refiriéndose a los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial, señala en primer lugar que el anterior proyecto de artículo 1 se encuentra englobado en el actual proyecto de artículo 1, completado con el proyecto de artículo 2, disposiciones que considera aceptables.

66. En cuanto a los crímenes contra la humanidad, comparte la idea de que el aspecto masivo no es indispensable para la definición del genocidio desde el momento en que el hecho de atentar contra uno de los miembros de la humanidad equivale a atentar contra la humanidad. Lo que cuenta en realidad es la intención. Si se descubre una prueba fehaciente de un plan de ex-

terminación de un grupo determinado bastarían pocos casos para que hubiera delito de genocidio. A falta de tales pruebas, la intención deberá aparecer a través de una cierta trama, manifestarse de forma constante y sistemática, lo que el Sr. McCaffrey (1962.\* sesión) ha denominado *systematic pattern*.

67. En lo que se refiere al *apartheid*, el Sr. Barboza prefiere la segunda variante propuesta por el Relator Especial en el párrafo 2 del proyecto de artículo 12, porque el código debe bastarse a sí mismo y no recurrir a otros instrumentos. Estima útil la operación que consiste en calificar objetivamente de criminal la actividad de ciertos Estados y que permitirá estigmatizar la conducta de Sudáfrica.

68. El Sr. Barboza estima también necesario que el código se refiera a los atentados graves al medio humano, aunque el párrafo 4 del proyecto de artículo 12, debería ser modificado a la luz de las convenciones que obligan a los Estados partes a preservar el medio humano.

69. La segunda variante del proyecto de artículo 13, relativo a los crímenes de guerra, le parece preferible y la propuesta hecha por el Sr. Malek al respecto (1958.\* sesión, párr. 6) es digna de ser tenida en cuenta. Además, el Sr. Barboza no tiene objeciones a que se mantenga la expresión «crímenes de guerra». En cuanto a las armas nucleares, reconoce que su utilización se presenta de forma diferente según se trate de una agresión o se refiera a un contexto defensivo, pero es cierto que ese tipo de armas posee la característica de poder envenenar de forma irreversible el medio ambiente no sólo de los beligerantes sino de toda la humanidad, lo que parece ser una consideración decisiva.

70. El Sr. Barboza señala después que las disposiciones del proyecto de artículo 14, dedicadas a las otras infracciones, se refieren al individuo responsable y no al Estado. Apoya la idea de buscar formas ampliadas de responsabilidad, dado el carácter particularmente grave de estos crímenes pero no cree que la Comisión deba llegar a admitir el concepto de *conspiracy*. En cuanto a la tentativa, no habría que olvidar el caso del desistimiento, ya que el *iter criminis* queda interrumpido por circunstancias ajenas a la voluntad del delincuente o por su voluntad propia, es decir, por su desistimiento. Son muchos los códigos penales que recompensan el desistimiento, reduciendo o suprimiendo la pena aplicable al autor de una tentativa.

71. El Sr. Barboza ya se ha referido a los principios generales previstos en el proyecto de artículo 3. El proyecto de artículo 4 remite a la jurisdicción universal y deja abierta la puerta al eventual establecimiento de una jurisdicción penal internacional. La Comisión ya se pronunció, en su segundo período de sesiones<sup>23</sup>, en favor de la creación de un órgano judicial internacional para juzgar el genocidio y otros crímenes. Esta solución suscita problemas, pero problemas que no serían insuperables. Al crear una instancia judicial internacional se correría el riesgo de crear en efecto un órgano ocioso, ya que cabe dudar de que los individuos responsables de crímenes de Estado o de crímenes que les son directamente imputables fueran entregados por los Estados a cuya cabeza

<sup>21</sup> *Anuario ... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 21, párr. 106 (art. 1) y nota 66 (arts. 6, 14 y 15).

<sup>22</sup> Véase *Anuario ... 1985*, vol. I, págs. 49 y 50, 1885.\* sesión, párr. 19.

<sup>23</sup> Véase *supra*, nota 14.

se encuentren, a menos de autorizar los juicios en rebeldía, en cuyo caso ese órgano entraría en una actividad febril juzgando a jefes de Estado y a otras autoridades acusadas por razones más o menos políticas. Así pues, durante algún tiempo la competencia universal se presenta como la mejor solución pese a los inconvenientes señalados por varios miembros de la Comisión. La Comisión debería afanarse en el logro de esta solución y no de otra. En efecto, ¿quién sabe si la cooperación internacional daría resultados satisfactorios?

72. El Sr. Barboza aprueba el proyecto de artículo 5, dada la gravedad particular de los crímenes a que se refiere, así como el proyecto de artículo 6 y el párrafo 1 del proyecto de artículo 7. El defecto de los juicios de Nuremberg y de Tokio fue la no aplicación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Se ha dicho que la justicia predominó sobre el principio en aquella época. Ahora bien, ese principio es una conquista del derecho penal liberal, que tiene por objeto fijar normas objetivas, proteger al individuo contra los excesos del poder. Las fuentes del derecho, tan vagas como el derecho natural o incluso los principios generales del derecho internacional, no cumplen ese requisito. Por ello el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 preocupa al Sr. Barboza que no comprende cómo se podría aplicar un principio de carácter tan general en un comportamiento criminal. La alusión a los principios generales no parece, pues, adaptada al principio *nulla poena sine lege*. Además, habría que prever sanciones, so pena de ir contra ese mismo principio. La Comisión debe trazar al respecto directrices generales para las legislaciones nacionales ya que no está sometida a las mismas limitaciones que el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Ha de elaborar un código detallado y de conformidad con la técnica jurídica actual, sin temor de que algún crimen desconocido quede sin castigar, por no responder a los principios generales de derecho internacional.

73. Respecto a las excepciones previstas en el proyecto de artículo 8, que parece que debe aplicarse sólo a los individuos responsables de los crímenes de Estado y que no son los autores —término que convendría reemplazar por el de «responsable»—, la objeción formulada por el Sr. Ushakov (1965.ª sesión) parece justificada, ya que la legítima defensa puede ser invocada por el Estado. Así pues, los individuos no quedarían exentos de responsabilidad por los crímenes de guerra cometidos aun cuando el Estado a que pertenecen ejerce su legítima defensa. El Sr. Barboza añade que, en lo que se refiere a los crímenes de Estado de los que son responsables los individuos, el carácter oficial de los individuos en caso de crímenes de Estado más que una excepción, parece ser un requisito esencial para que haya crimen de Estado. El apartado *a* es por lo tanto aceptable. No comprende muy bien cómo puede aplicarse la fuerza mayor en el apartado *b*, ya que se opone a la voluntad del autor y que a falta de intención no puede haber crimen. Al respecto, se refiere al artículo 31 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, relativo a la fuerza mayor. La mención del estado de necesidad parece repetitiva porque el estado de necesidad consiste precisamente en la existencia de un peligro grave, inminente e irremediable. En cuanto a la inminencia del peligro, sería mejor indicar que la si-

tuación es tal que el interés propio no puede salvarse sino violando la obligación, porque puede haber casos en que la obligación será inevitablemente violada sin que el peligro sea inminente. El requisito del peligro grave e inminente tampoco parece ir de acuerdo con la fuerza mayor que implica una fuerza irresistible. El concepto mismo del peligro parece inseparable del de la opción, típica más bien del estado de necesidad que de la fuerza mayor. Además, el Sr. Barboza se pregunta qué función tiene la coacción propiamente dicha junto al estado de necesidad que implica una coacción moral y a la fuerza mayor que implica una coacción física.

74. Aprueba los apartados *c* y *d*, a reserva de la observación relativa a la inminencia del peligro. Por último, señala que el texto español del inciso *i*) del apartado *e* dice lo contrario de lo que ha querido expresar el Relator Especial en una disposición que, pese a todo, le plantea ciertas dudas. Si se explica la solución mantenida en el capítulo V de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, en lo que se refiere a los seres humanos cabe preguntarse si hay que exigirles heroísmo e incluso el sacrificio de su propia vida en interés del respecto de una obligación de *jus cogens*. ¿Con qué patrón de medida se puede comparar la magnitud de los intereses en juego? Sin tener una posición firme sobre la cuestión, el Sr. Barboza sugiere a los miembros de la Comisión que sigan reflexionando al respecto.

75. Por último, la solución propuesta en el proyecto de artículo 9 le parece satisfactoria.

*Se levanta la sesión a las 13.10 horas.*

## 1968.ª SESIÓN

*Martes 17 de junio de 1986, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Doudou THIAM

*Miembros presentes:* Jefe Akinjide, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Lacleta Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Sucharitkul, Sr. Tomuschat, Sr. Ushakov.

**Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (continuación\*)** [A/CN.4/396<sup>1</sup>, A/CN.4/L.399, ILC(XXXVIII)/Conf.Room Doc.1]

[Tema 3 del programa]

\* Reanudación de los trabajos de la 1947.ª sesión.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).