

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

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

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

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

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

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

60. El hecho de elaborar una lista de crímenes que no sea exhaustiva plantea asimismo dificultades. Una lista de esa índole podría ser aplicada sin duda por un tribunal internacional, pero no por los tribunales nacionales. Basta con un ejemplo: el individuo que para algunos es un combatiente por la libertad, para otros es un terrorista. Por último, algunos conceptos, como los de agresión o genocidio, pertenecen también a la esfera de los de-

rechos humanos, del derecho de la guerra y del derecho humanitario. Por consiguiente, la Comisión debe preguntarse si es preciso que se fije como objetivo una convención de carácter general, dejando las cuestiones más concretas para instrumentos especiales. En ciertos campos, como los derechos humanos, el espacio, el medio natural, la codificación se inició al adoptarse una declaración de principios que después se convirtió en derecho positivo. Es dudoso, sin embargo, que tal método sea apropiado en relación con los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

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

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 1994.ª SESIÓN

*Viernes 8 de mayo de 1987, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Stephen C. McCAFFREY

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

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

[Tema 5 del programa]

#### QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

#### ARTÍCULOS 1 A 11<sup>5</sup> (continuación)

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

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

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> Para el texto, véase 1992.ª sesión, párr. 3.

inglés del proyecto de código el término «offences», que es demasiado general, y sugiere que se sustituya por el término «crimes», como en los textos español y francés.

2. Advierte que los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/404) se presentan con el título «Capítulo I.—Introducción», y que ese capítulo se divide en dos títulos («Definición y tipificación» y «Principios generales»), por lo que propone que se modifique el proyecto a fin de tener más en cuenta la práctica habitual que consiste en dividir los proyectos de texto en partes y las partes en capítulos. No alcanza tampoco a ver ningún motivo para separar los artículos 1 y 2 de los demás artículos del proyecto y opina que todas estas disposiciones deberían reunirse bajo el título único de «Disposiciones generales».

3. El proyecto de artículo 1 es totalmente satisfactorio. Evidentemente no se trata de una definición propiamente dicha, pero ese texto tiene la ventaja de aplicar, para la determinación de lo que constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, un criterio objetivo, como se hace en derecho penal.

4. El proyecto de artículo 2 puntualiza que el derecho interno no tiene nada que ver con la tipificación del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, como debe ser en un código cuya aplicación se someterá a un acuerdo entre Estados. Sin embargo, la segunda frase de ese artículo no es necesaria.

5. En el proyecto de artículo 3, que define el alcance del código *ratione personae*, se aclara ahora que el proyecto de código se aplicará a los «individuos». Esto elimina la ambigüedad que podía resultar del texto anterior. Hubiera sido imprudente tratar de hacer extensivo el alcance del código a la responsabilidad penal de los Estados; por otra parte, desde el punto de vista histórico, todos los grandes procesos posteriores a la segunda guerra mundial han sido incoados contra individuos. Por el contrario, el orador propone que se incluya en el proyecto de artículo 3 un nuevo párrafo 2 que reproduzca el tenor del proyecto de artículo 11: «El carácter oficial del autor, y en especial el hecho de que sea jefe de Estado o de gobierno, no le eximirá de la responsabilidad penal.» El lugar que lógicamente corresponde a esa disposición es el artículo titulado «Responsabilidad y sanción».

6. El nuevo título propuesto para el proyecto de artículo 4, que versa sobre la cuestión muy delicada de la infracción universal, debería ser *Aut dedere aut judicare* (y no *Aut dedere aut punire*). Si bien un Estado tiene la obligación de perseguir judicialmente el autor del acto incriminado, no está obligado a castigarlo más que si el incriminado es juzgado culpable. Por otra parte, habida cuenta de las objeciones que plantea la utilización de un título en latín, el Comité de Redacción podría sustituirlo por una fórmula que exprese la obligación de los Estados de juzgar o conceder la extradición.

7. La cuestión de la infracción universal se plantea también con respecto a instrumentos como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>6</sup>, en la que se impone a los Es-

tados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas contra la tortura. El proyecto de código, por su parte, contendrá disposiciones directamente aplicables a los individuos, de donde la cuestión del órgano encargado de aplicarlo. Es evidente que la mejor solución sería crear para ello una jurisdicción penal internacional. Sin embargo, como es probable que muchos gobiernos se muestren renuentes a aceptar tal jurisdicción, no queda otra posibilidad que confiar la aplicación del código a tribunales nacionales. El Relator Especial no ha prejuzgado la cuestión. Por su parte, el orador estima que, si el proyecto de código no prevé la creación de una jurisdicción internacional, habrá que precisar cuál es el órgano judicial interno competente.

8. En lo que concierne a la redacción del proyecto de artículo 4, el Sr. Reuter tiene razón al señalar (1993.ª sesión) que es inexacto referirse al autor de un crimen que haya sido «detenido» en el territorio de un Estado. Esta disposición se supone que se aplica al autor descubierto en el territorio de un Estado; si ese individuo no ha sido detenido todavía, incumbe al Estado proceder a su detención.

9. En cuanto a la extradición, se plantea el problema de la prohibición de conceder la extradición de los nacionales, que figura en la constitución de ciertos países. La creación de una jurisdicción penal internacional permitiría salvar ese inconveniente, y ni siquiera sería necesario en este caso emplear el término «extradición».

10. En lo que concierne al proyecto de artículo 4, el orador sugiere que se modifique como sigue:

«Todo Estado está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para que los individuos acusados de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sean juzgados por la autoridad judicial competente para conocer de esos crímenes en virtud del presente Código.»

11. Pasando a considerar el proyecto de artículo 5, que estima aceptable, el orador dice que en derecho penal la prescripción es función de la gravedad del crimen. Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, como son todos de extrema gravedad, deben ser, por lo tanto, imprescriptibles. Las dificultades de procedimiento que plantea la antigüedad de los hechos no deben menoscabar ese principio.

12. Con respecto al proyecto de artículo 6, el orador abriga dudas acerca de la larga lista no exhaustiva de garantías jurisdiccionales que contiene. Preferiría que se volviese al texto anterior, que se limitaba a afirmar el principio aplicable. Por definición, los procesos se desarrollarán de conformidad con determinadas reglas de procedimiento, nacionales o internacionales, según el caso. Si son reglas internacionales, habrá que definir las, y en ese momento es cuando convendrá enunciar detalladamente las diferentes garantías.

13. Aprueba el principio formulado en el proyecto de artículo 7, pero no está seguro de su enunciado. Como el código será un instrumento autónomo, regido por el derecho internacional, no se alcanza a discernir cómo un proceso podría no celebrarse por razón de que un Estado hubiese ejercido su jurisdicción en aplicación de su derecho interno. Convendría, pues, modificar el texto del artículo 7 para precisar claramente que no excluye la

<sup>6</sup> Resolución 39/46 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1984, anexo.

eventualidad de un segundo proceso, y que lo prohibido es sólo la renovación de la pena: el autor de un crimen que ya haya cumplido una pena de prisión tendrá derecho a pedir que la duración de la pena ya cumplida se deduzca de la nueva. Así lo dispone el código penal brasileño en el caso de un delincuente que ya ha cumplido una pena de prisión en el extranjero por la misma infracción, y tiene entendido que tal es también la solución adoptada en otros sistemas jurídicos.

14. En lo que se refiere al proyecto de artículo 8, el orador aprueba el párrafo 1, pero no el párrafo 2, que admite la posibilidad del juicio y la condena por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, «fueran criminales según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional». Nadie puede ser castigado sino por actos tipificados como crímenes por un instrumento concreto. Tal es el proyecto de código, y sólo los actos sobre los que versa deben poder ser objeto de persecución en el fuero penal. Recuérdese, a este respecto, las críticas de que fueron objeto los procesos de los grandes criminales de guerra después de la segunda guerra mundial.

15. En lo que concierne al proyecto de artículo 9, sugiere que se excluya la legítima defensa de la lista de excepciones a la responsabilidad penal. Hasta ahora el Relator Especial no había aceptado la legítima defensa como excusa más que en caso de agresión. El orador, por su parte, no puede concebir que la legítima defensa pueda justificar ninguno de los actos que figurarán en el proyecto de código.

16. Para que se pueda considerar la coacción como una excepción, es preciso que el autor del acto pueda demostrar que de haber opuesto resistencia, habría incurrido en «un peligro grave, inminente e irremediable». La coacción puede ser relacionada con la orden del superior jerárquico. No se trata de que una orden corriente pueda eximir de responsabilidad al autor del acto, pero si el superior ejerce una coacción, para hacer respetar la orden dada, el subordinado podrá justificarse invocando, no la orden, sino la coacción.

17. Sería partidario de renunciar al estado de necesidad y mencionar solamente la fuerza mayor, ya que, en todas las situaciones a que corresponde la idea de estado de necesidad, el individuo siempre puede elegir, lo que no sucede en caso de fuerza mayor. Por otra parte, la experiencia muestra que la idea de estado de necesidad puede conducir a abusos. Por último, son raros los ordenamientos jurídicos penales nacionales que admiten ese concepto.

18. El concepto de error debe limitarse al error de hecho, y no tener en cuenta el de derecho. Los crímenes que se definirán en el código sólo pueden ser actos de extrema gravedad respecto de los cuales no se puede tolerar el argumento del error de derecho.

19. Por otra parte, sugiere que se añadan a la lista que figura en el proyecto de artículo 9 excepciones como las relativas a la edad del acusado, la enajenación mental y otros estados del mismo tipo. Conviene examinar si los menores, los enajenados o las personas en estado de embriaguez pueden ser considerados penalmente responsables. Esta cuestión debe examinarse cuidadosamente.

20. Por último, el orador opina que el capítulo I del proyecto de código debería tratar de la tentativa y la complicidad. En el proyecto de artículo 4 presentado en su cuarto informe (A/CN.4/398, parte V), el Relator Especial trataba estas cuestiones bajo del título «Otras infracciones». Este punto de vista, sin embargo, es insostenible. La tentativa no es un crimen aparte, sino un principio de ejecución del crimen; forma parte del crimen. La cuestión que se plantea es la de cómo determinar la parte de responsabilidad del autor de la tentativa y la forma en que debe aplicársele la pena por ese crimen. Por lo que respecta a la complicidad, se trata de atribuir una parte de responsabilidad a varias personas participantes en el mismo crimen. En ambos casos, se trata solamente de un crimen. Así pues, estas cuestiones tienen su lugar entre las disposiciones generales del título I del código, y no donde se describen crímenes concretos. Tal es, por otra parte, la solución adoptada en muchos códigos penales. El Código penal italiano, por ejemplo, regula la tentativa en el artículo 56 y la complicidad en los artículos 110 y siguientes del Libro I, es decir, en su parte general. Lo mismo ocurre en los códigos brasileño, francés, mexicano, venezolano, en el de la República Democrática Alemana y en el de la República Federal de Alemania.

21. El Sr. Sreenivasa RAO estima que es necesario considerar este tema desde la perspectiva de un sistema fundamentalmente estatal en el que el derecho internacional y el derecho interno se influyen recíprocamente. A este respecto, el estado actual de las relaciones internacionales no permite la creación de una jurisdicción penal internacional, independiente de los Estados. Así pues, la Comisión debe centrar su atención en el contenido del código y en los mecanismos de aplicación, y decidir dentro de qué estructura se presentará el código y su aplicación.

22. Por lo que respecta a la aplicación del código, los Estados y sus órganos judiciales constituyen naturalmente los mecanismos esenciales; en este contexto, el principio básico es la obligación de juzgar o de conceder la extradición. Por lo que hace al contenido del código, ciertos comportamientos ya están reconocidos como constitutivos de crímenes o infracciones contra la paz y la seguridad de la humanidad, y esta lista descansa en un consenso creciente que tiene como base las convenciones o tratados existentes, las resoluciones de la Asamblea General y la legislación de muchos países. Cabe añadir a esta lista los crímenes graves tipificados más recientemente como terroristas y que son reconocidos como delitos no políticos a efectos de la extradición.

23. Sólo los Estados pueden ofrecer el mecanismo de aplicación del código, ya que sólo ellos disponen actualmente del aparato necesario: servicios de investigación, medios de recoger los elementos de prueba, sistemas de enjuiciamiento y castigo. Admitido esto, hay que tener en cuenta ciertos principios de reciente aparición. El primero es el de la territorialidad, que tiene en cuenta el origen de las pruebas y responde a la necesidad de aplacar el sentimiento de ultraje de la sociedad. El segundo principio, el de la «territorialidad subjetiva-objetiva», conocido asimismo con el nombre de «doctrina del efecto», deriva del primero. Este principio se aplica cuando un criminal, utilizando el territorio de un Estado, atenta (o trata de atentar) contra la paz, el orden público y la

seguridad de otro Estado u otros Estados o de su población. El tratado de extradición recientemente celebrado entre el Canadá y la India se inspira en esa doctrina del efecto.

24. Los comentarios a los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/404), a menudo describen detalladamente las divergencias doctrinales sin tratar de conciliarlas. Por su parte, preferiría que los comentarios contuvieran una exposición sintética de los conceptos en que se basa cada proyecto de artículo; el Relator Especial, si se considera obligado a exponer puntos de vista contradictorios, debería tratar por lo menos de conciliarlos o de expresar su posición.

25. Los proyectos de artículos 1 y 2 parecen adolecer de la necesidad de resolver ciertos conflictos entre derecho internacional y derecho interno. Ello no es necesario y no hay motivo para transponer esos supuestos conflictos al proyecto de código. Convendría examinar nuevamente esos proyectos de artículos, así como los comentarios correspondientes, desde una perspectiva de armonización entre los dos sistemas jurídicos. En lo que concierne al proyecto de artículo 2, el principio según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por la misma infracción, principio cardinal de la justicia penal, debe ser respetado lo más estrictamente posible.

26. Por lo que respecta al proyecto de artículo 4, convendría conservar la idea de jurisdicción universal que figura en el texto anterior, e incluirla, bien en el título de dicha disposición, bien en el nuevo texto. También se debería subrayar la necesidad de dar prioridad a la extradición del autor, cuando las circunstancias lo exijan y particularmente cuando el principio del efecto fuera pertinente, más bien que a la obligación de juzgarlo. Por supuesto, el párrafo 3 del comentario señala la dificultad de lograr la extradición, en particular cuando las infracciones tienen motivos políticos. Pero sería posible salvar esa dificultad si, como se ha indicado anteriormente, se eliminara la posibilidad de invocar los motivos políticos en el caso de los crímenes a que se refiere el código. El orador estima asimismo que el Relator Especial debería desarrollar el tema que aborda en la última frase del párrafo 4 del comentario y se declara totalmente de acuerdo con la última frase del párrafo 5. Por otra parte, varios tratados sobre la eliminación del terrorismo se encuentran en curso de negociación, lo que demuestra que, cuando se trata de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, los Estados están dispuestos a entregar a los autores. Señala finalmente que en el párrafo 6 del comentario el Relator Especial se pregunta si la colectividad internacional está dispuesta a aceptar una jurisdicción penal internacional; pregunta que demuestra que se da cuenta de que no es así. No hay, pues, antinomia ni conflicto de ideas, y el derecho internacional se aplicará por medio de mecanismos acordados nacional e internacionalmente.

27. El proyecto de artículo 5 enuncia un principio muy importante y, aunque los sistemas de *common law* no conocen, en el caso de los crímenes, más prescripción que la prescripción natural impuesta por la necesidad de obtener pruebas indiscutibles, aprueba sin reserva ese principio, que tiene cabida en el código. Poco importa si se trata de una norma de fondo o de una regla de proce-

dimiento, y es inútil plantear la cuestión, como hace el Relator Especial en el párrafo 1 del comentario. Por otra parte, si como cabe suponer, la primera frase del párrafo 4 del comentario significa que, a los efectos del código, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad son una misma cosa, hay que indicarlo más claramente.

28. En el proyecto de artículo 6, sería preferible sustituir en la cláusula preliminar, las palabras «en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho» por «en lo que concierne al principio de legalidad», que expresa un concepto jurídico muy conocido, por lo menos en los sistemas de *common law*. Por otra parte, el Relator Especial, si bien ha mencionado varios de los principios fundamentales aplicables, no ha citado aquél según el cual la carga de la prueba recae en el demandante.

29. El principio *non bis in idem*, enunciado en el proyecto de artículo 7, tiene que examinarse más a fondo.

30. El proyecto de artículo 8 enuncia también un principio importante, que pone en juego los conceptos de equidad y de culpabilidad moral. Si un acto que en el momento considerado se reputa constitutivo de una infracción ha sido cometido voluntaria e intencionalmente, se convierte en un crimen penado por la ley. A falta de consenso sobre la culpabilidad moral antes de la entrada en vigor del código, no habrá evidentemente retroactividad.

31. El proyecto de artículo 9 debe ser examinado detenidamente. El orador pone en tela de juicio que la legítima defensa pueda ser considerada como una excepción a la aplicación del código; por el contrario, la coacción y la fuerza mayor, que entran ambas en juego para la determinación de la intención criminal, podrían ser tenidas en cuenta, al igual, por otra parte, que el error de hecho o de derecho. En cuanto a la mención de la elección moral en la excepción relativa a la orden de un gobierno o de un superior jerárquico debería suprimirse, sin perjuicio del concepto fundamental de culpabilidad moral que es el fundamento mismo del derecho penal y de la determinación de la intención criminal.

32. El proyecto de artículo 10 debería mencionar asimismo los conocidos conceptos de *actual knowledge* (conocimiento directo), *constructive knowledge* (conocimiento implícito) y *contributory negligence* (compensación de culpas). Por último, el proyecto de artículo 11 no tiene cabida en el código.

33. El Sr. FRANCIS preferiría una jurisdicción paralela, prevista en el código, a una jurisdicción exclusivamente nacional o internacional. De ese modo, la aplicación del código incumbiría a las dos instituciones: órganos judiciales nacionales y tribunal internacional. Estima asimismo que, para que el código sea verdaderamente eficaz, no debe haber ninguna excepción a los principios en él enunciados. Es preciso, sin duda, evitar toda posibilidad de un nuevo proceso sobre los mismos hechos. Pero, como se ha dicho, si un acusado ha sido juzgado por homicidio en virtud de la ley de un Estado, ello no debe ser óbice para que sea procesado por otra infracción, tal como ha sido tipificada en el código, basada en los mismos hechos. La validez de esta afirma-

ción viene corroborada por los Convenios de Ginebra de 1949<sup>7</sup>.

34. Una de las dificultades con que tropieza la Comisión obedece a que no se ha resuelto todavía si el código será aplicable a los Estados y si, por ejemplo, los tribunales de un Estado podrán, imputar la responsabilidad de un crimen a otro Estado. Ahora bien, suponiendo que el código se aplique sólo a los individuos, ¿qué ocurrirá si, en virtud del código, se juzga a un jefe de Estado como individuo? Tal vez sería más favorable para la consecución de los objetivos del código que el interesado no fuera juzgado en su propio país, donde probablemente fue cometida la infracción. Imagínese, por ejemplo, lo que sucedería si un jefe de Estado sudafricano fuera juzgado por los tribunales de su país por actos resultantes de la situación que impera allí actualmente.

35. Se ha afirmado que la colectividad internacional no estaba preparada para una jurisdicción penal internacional. Sin embargo, no sería necesario que tal jurisdicción fuera una institución permanente. Una posible solución sería crear tribunales *ad hoc*, para así evitar los gastos de un personal permanente. Cabría inspirarse para ello en las disposiciones enunciadas en el artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

36. Se ha afirmado asimismo que la Comisión podría limitarse a elaborar una lista exhaustiva de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, dejando a los tribunales nacionales la libertad de intervenir. A juicio del orador, sin embargo, es indispensable salvaguardar la función del Consejo de Seguridad, que debe seguir siendo libre, como en el caso de la Definición de la Agresión<sup>8</sup>, para determinar si actos distintos de los contemplados en el código constituyen una infracción contra la paz y la seguridad de la humanidad.

37. Por lo que respecta a los proyectos de artículos presentados en el quinto informe (A/CN.4/404), advierte que, en su introducción oral, el Relator Especial señala que ha querido evitar incluir en el proyecto de artículo 1 (1992.ª sesión, párr. 7), la idea de gravedad. Evidentemente, tal concepto no cabría en un artículo que enunciase una definición, pero podría constituir un elemento separado de los principios generales enunciados en el título II del proyecto. Recuérdese a este respecto que, como se indicaba en el informe de la Comisión sobre su 35.º período de sesiones, los miembros de la Comisión fueron unánimes en reconocer la importancia que cabía atribuir a la gravedad como elemento constitutivo de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>9</sup>. Además, el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>10</sup> dispone que, en determinados supuestos, los casos más graves de violación de una obligación internacional constituirán un crimen de un Estado cali-

ficándose de delitos las violaciones que no revisten ese grado de gravedad. Cuando el orador presentó el informe de la Comisión a la Asamblea General en 1983, en su capacidad de Presidente de la Comisión, ese concepto no suscitó ninguna objeción; invita, pues, al Relator Especial a que estudie más a fondo la cuestión. En el proyecto de artículo 5, la expresión «por naturaleza» se refiere asimismo, en su opinión, al carácter de gravedad del acto de que se trata. Quizá se pueda redactar la primera frase del párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 1 de manera que constituya un principio que podría incluirse en el título II del proyecto.

38. Opina asimismo que convendría incluir entre los principios generales una referencia a las otras infracciones, como la complicidad, e incluir en el cuerpo mismo del proyecto disposiciones más detalladas sobre los diversos elementos constitutivos de esas otras infracciones. Podría adoptarse el mismo método en relación con las excepciones.

39. El Sr. KOROMA señala que los proyectos anteriores de la Comisión fueron criticados porque partían de la hipótesis de que no era necesario ningún mecanismo para la aplicación de los principios enunciados y porque no contenían ninguna disposición relativa a la legalidad o al *due process*. En lo que concierne a esta última expresión, preferiría que se conservase la fórmula sugerida por el Relator Especial en el proyecto de artículo 6, que le parece más neutra y más apropiada, ya que la expresión *due process of law*, sugerida por el Sr. Sreenivasa Rao, es propia de un sistema jurídico determinado.

40. El Sr. Calero Rodrigues tiene razón al señalar que la complicidad y la tentativa, por ser infracciones incipientes deben ser incluidas en la parte general del código, en lugar de en la parte relativa a infracciones determinadas.

41. El tema sobre el que versa el código, lejos de ser abstracto, es de gran actualidad, y la Comisión no debe ahorrar esfuerzos para concluir su labor oportunamente si no quiere exponerse a nuevas críticas. Es preciso, pues, que haga recomendaciones sobre la creación de un tribunal penal internacional, sin el cual no será posible impedir los crímenes constituidos por la guerra de agresión, los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad. Después, corresponderá a los Estados aceptar o rechazar tales recomendaciones, pero, si son viables y equilibradas, tienen muchas posibilidades de ser aceptadas por la colectividad internacional.

42. No cree que deba modificarse el título inglés para ponerlo en consonancia con los textos español y francés. «Offence» es un término genérico que abarca a la vez las «felonies», es decir los crímenes graves como el homicidio o la traición, y los «misdemeanours», es decir los delitos menos graves. Además, el término «offence» designa una violación del derecho penal. Por razones tanto lingüísticas como de fondo, más vale, pues, conservar el título inglés en su forma actual.

43. Pasando al proyecto de artículo 1, el orador dice que no se puede descubrir su verdadero sentido sin remitirse al comentario, cuando, a su juicio, cada artículo debería ser autónomo a fin de que el lector captara inmediatamente la intención. Ahora bien: todo crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comprende

<sup>7</sup> Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75). En español, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.

<sup>8</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo (art. 4).

<sup>9</sup> *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 14, párrs. 47 y 48.

<sup>10</sup> Véase 1993.ª sesión, nota 7.

dos elementos esenciales: la gravedad y el carácter extremo de ésta. Es preciso, pues, mencionar esos dos elementos en el cuerpo de la definición y no sólo en el comentario. Otro motivo para incluir tal mención es el hecho de que la gravedad constituye un concepto subjetivo, como dice el Relator Especial en su comentario (párr. 1). Ahí reside el peligro, ya que la opinión pública es inconstante. Por el contrario, si los dos elementos figuran en un artículo sobre la definición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el régimen de esos crímenes no quedará al arbitrio de la versátil opinión pública. Sugiere, pues, que el Relator Especial examine la posibilidad de modificar el proyecto de artículo 1 de la manera siguiente:

«Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es un acto muy grave o un acto de extrema gravedad que constituye una violación del derecho internacional.»

44. Aunque suscribe la idea que preside el proyecto de artículo 2, el orador propone que se modifique el texto para armonizarlo con el artículo 4 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>11</sup> y que se puntualice que el derecho interno no puede afectar a la tipificación de una acción u omisión que constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Preferiría también que, en el texto inglés, se sustituyera «internal law» por «municipal law», que es una expresión más usual.

45. En lo que se refiere al proyecto de artículo 3, estima que, tanto desde el punto de vista de la codificación del derecho internacional como del de su desarrollo progresivo, la Comisión debería mostrarse ambiciosa y no limitar el código a los individuos. No alcanza a ver por qué habría de omitirse cualquier referencia al Estado, en particular dado que muchos Estados, a juzgar por lo que ocurre en la Comisión de Derechos Humanos y en la Comisión Europea de Derechos Humanos, parecen dispuestos a someterse a un eventual proceso. Así pues, se podría invitar al Relator Especial a que proponga una disposición relativa a la responsabilidad de los Estados, dejando que sea la colectividad internacional la que zanje en su momento esta cuestión. Por el contrario, la Comisión no debería, por ahora, tratar de las sanciones.

46. El proyecto de artículo 4, que dispone que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una infracción universal, constituye la verdadera clave del proyecto de código. Planear y librar una guerra de agresión, perseguir por motivos religiosos o raciales, cometer crímenes de guerra, son hechos que merecen la atención de la colectividad internacional, y todos los Estados tienen la obligación de juzgar a todo autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad o de conceder su extradición. Sin embargo, a no ser que se apoye en un mecanismo de ejecución —tribunales nacionales o tribunal penal internacional—, una disposición en ese sentido perderá todo efecto disuasivo. En consecuencia, la Comisión debería aceptar por ahora la idea de que los Estados están obligados, bien a juzgar al autor del acto, bien a conceder su extradición, y recomendar vivamente la creación de un tribunal penal in-

ternacional. El clima actual es favorable a la propuesta, que debería someterse a la aprobación de la colectividad internacional.

47. Hay que felicitar al Relator Especial por el proyecto de artículo 6 que propone, ya que las garantías jurisdiccionales ilustran la máxima de *common law* según la cual no sólo hay que hacer justicia, sino que también ésta debe ser manifiesta. Salvaguardar las garantías jurisdiccionales de un acusado es un signo de civilización. No obstante, el orador no puede aceptar que se eleven tales garantías al rango de *ius cogens*.

48. Convendría revisar el título del proyecto de artículo 9 y dedicar a cada excepción una disposición separada.

49. El Sr. BEESLEY dice que la Comisión podría estudiar el medio de que en la composición de los tribunales nacionales se incluyera un magistrado perteneciente a la jurisdicción de que dependiese el acusado y uno o varios magistrados pertenecientes a una jurisdicción cuya filosofía jurídica fuera diferente de la del acusado y de la de ese tribunal. Ello permitiría abordar de forma más realista el problema de la creación de un tribunal penal internacional y sería una garantía de certidumbre y equidad.

*Se levanta la sesión a las 13.10 horas.*

---

## 1995.ª SESIÓN

*Martes 12 de mayo de 1987, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Stephen C. McCAFFREY

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

---

### Conferencia en memoria de Gilberto Amado

1. El Sr. CALERO RODRIGUES, señala que en 1987 se cumple el centenario del nacimiento de Gilberto Amado, ilustre jurista brasileño y ex miembro de la Comisión, y propone que el comité consultivo oficioso encargado de preparar la conferencia conmemorativa esté integrado, además del orador, por el Sr. Jacovides, el Sr. Koroma, el Sr. Reuter y el Sr. Yankov.

*Así queda acordado.*

<sup>11</sup> *Ibid.*