

2000.ª SESIÓN*Miércoles 20 de mayo de 1987, a las 10 horas**Presidente:* Sr. Stephen C. McCaffrey

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

2000.ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional

1. El PRESIDENTE declara abierta la 2000.ª sesión de la Comisión y hace recordar que ésta se reunió por primera vez en la Sede de las Naciones Unidas, en Lake Success (Nueva York), el 12 de abril de 1949, bajo la presidencia del Sr. Manley O. Hudson, en presencia de los miembros siguientes: Sr. Alfaro, Sr. Amado, Sr. Brierly, Sr. Córdova, Sr. François, Sr. Hsu, Sr. Kortsy, Sr. Benegal Rau, Sr. Sandström, Sr. Scelle, Sr. Spiropoulos y Sr. Yepes.
2. La 1000.ª sesión de la Comisión se celebró en el Palacio de las Naciones, en Ginebra, el 16 de junio de 1969, bajo la presidencia del Sr. Nicolai A. Ushakov, en presencia de los siguientes miembros: Sr. Bartoš, Sr. Bedjaoui, Sr. Castañeda, Sr. Castrén, Sr. Eustathiades, Sr. Ignacio-Pinto, Sr. Kearney, Sr. Rosenne, Sr. Ruda, Sr. Tabibi, Sr. Tammes, Sr. Tsuruoka, Sr. Ustor y Sr. Yasseen.
3. El Presidente aprovecha la ocasión que le ofrece la 2000.ª sesión para subrayar la continuidad de los esfuerzos que despliega la Comisión. En cuanto a su labor, es demasiado conocida y apreciada para insistir en ella.
4. Por último, señala que el año en curso es también el 40.º aniversario de la aprobación por la Asamblea General, el 21 de noviembre de 1947, de la resolución 174 (II) por la que se instituyó la Comisión de Derecho Internacional.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) [A/CN.4/398², A/CN.4/404³, A/CN.4/407 y Add.1 y 2⁴, A/CN.4/L.410, secc. E, ILC(XXXIX)/Conf.Room Doc.3 y Add.1]

[Tema 5 del programa]

¹ El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693)*, pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

² Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

⁴ *Idem.*

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)**ARTÍCULOS 1 A 11⁵ (continuación)**

5. El Sr. ARANGIO-RUIZ, completando las observaciones que ha formulado en la 1996.ª sesión respecto a las disposiciones de los proyectos de artículos 2 y 3, precisa que no basta con afirmar la autonomía o la primacía del derecho internacional, ni con introducir una disposición que imponga expresamente a los Estados la obligación general de adoptar las medidas necesarias, legislativas, administrativas o judiciales, para aplicar el código. En efecto, por una parte se correría el riesgo de que la constitución misma del Estado quedara afectada, como probablemente ocurriría en el caso de Italia; y por otra parte, contentarse con prescribir que los Estados adopten esas medidas sería insuficiente a los efectos del proyecto de código, ya que una conminación de ese tipo no tendría por efecto más que imponer a los Estados una obligación de resultado. Si duda, ése es el tipo de obligación más corriente en derecho internacional. Pero en lo que se refiere a normas tan esenciales e importantes como las enunciadas en el proyecto de código no basta con prescribir que los Estados adopten las medidas internas que se imponen.

6. Para que el código se convierta en un cuerpo vivo de derecho, es decir, para que los tribunales puedan aplicarlo directamente a los individuos, es necesario que las normas que enuncie pasen a ser, mediante una disposición expresa del instrumento internacional que contenga el código, parte integrante del derecho interno de cada uno de los Estados que son parte en ese instrumento. Una disposición de este tipo es absolutamente indispensable.

7. Esas consideraciones se aplican tanto en la hipótesis de la creación de un tribunal penal internacional como en la hipótesis contraria: la necesidad de integrar el código en el sistema jurídico de los Estados es la misma en ambos casos. Una vez que el código sea parte integrante del derecho penal interno de los Estados, se habrá franqueado una etapa decisiva en la aplicación uniforme de sus disposiciones, tanto si se trata de disposiciones relativas a la calificación de los crímenes como de las que enuncian los principios generales de derecho penal positivo y procedimiento.

8. El Sr. Arangio-Ruiz apoya las observaciones formuladas en la sesión anterior por los Sres. Barsegov y Roucouas sobre la importante cuestión de los elementos subjetivos y objetivos en el caso de ciertos crímenes, cuestión que exige un examen más profundo. Pero, también en ese caso, sólo hay un medio de asegurar la aplicación del código: hacer de él una parte integrante del derecho interno de los Estados. Por lo menos es necesario, en el ámbito de aplicación del código, adoptar e imponer en el plano internacional un derecho penal uniforme. Las normas positivas y procesales que queden plasmadas en los principios enunciados en el código se convertirán así automáticamente en normas y principios de derecho penal de los Estados y corresponderá entonces, automáticamente y directamente, a las autoridades

⁵ Para el texto, véase 1992.ª sesión, párr. 3.

nacionales la aplicación de esas normas. Decir que ese objetivo es demasiado ambicioso equivaldría a decir que la concepción misma del proyecto de código es una ambición excesiva.

9. El Sr. ILLUECA, observando que el Relator Especial ha repetido en el proyecto de artículo 1, con algunas modificaciones, el texto del artículo 1 del proyecto de código de 1954, dice que la formulación de esa disposición es, en efecto, una de las condiciones necesarias para poder, como ha pedido la Asamblea General en su resolución 41/75, de 3 de diciembre de 1986, continuar «su labor de elaboración del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad preparando una introducción y una lista de los crímenes» (párr. 1).

10. Según ciertos juristas, el derecho penal internacional es una disciplina híbrida, que se obtiene a la vez del derecho internacional y del derecho penal, y es cierto que, debido a esta dualidad, el desarrollo del derecho penal internacional como rama independiente del derecho internacional ha suscitado muchos problemas, terminológicos y conceptuales. No obstante, debe reconocerse que desde la formulación de los Principios de Nuremberg⁶ han aparecido nuevas normas de derecho penal internacional que prohíben ciertos comportamientos contrarios a los intereses fundamentales de la comunidad internacional, como dice el Relator Especial en el párrafo 1 del comentario al proyecto de artículo 1, «crímenes que afectan los fundamentos mismos de la sociedad humana».

11. Debe el punto de vista técnico, el proyecto de código debe, pues, apoyarse en el derecho penal internacional por lo que el Sr. Illueca estima que habría que sustituir en el proyecto de artículo 1, la expresión «crímenes de derecho internacional» por «crímenes internacionales». En apoyo de esa propuesta, señala que la expresión «crímenes internacionales» empleada en el memorando de 1949 del Secretario General sobre el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg⁷, había sido bien acogida y en que la sección III de la tercera parte de ese memorando, dedicada a los crímenes internacionales en general, dice:

Quando se planteó el principio de que los individuos deben ser castigados por los crímenes cometidos en violación del derecho internacional, el Tribunal de Nuremberg no dio una definición precisa de los crímenes internacionales [...].

Señala también que el Secretario General, en ese memorando, analizaba los crímenes internacionales enumerados en el artículo 6 del estatuto del Tribunal al tratar, en primer lugar, un primer grupo de crímenes internacionales (crímenes contra la paz), después un segundo grupo (crímenes de guerra) y por último un tercer grupo (crímenes de lesa humanidad). Además, la expresión «crímenes internacionales» no aparece sólo en ese memorando; se encuentra también en obras de eminentes juristas.

12. Así pues, el texto del proyecto de artículo 1 podría ser el siguiente:

«Artículo 1.—Definición

»Son crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad los crímenes internacionales definidos en el presente Código.»

13. La forma que el Relator Especial ha dado, en el proyecto de artículo 2, al Principio II de los Principios de Nuremberg suscita varias dificultades, que no tienen nada que ver con la controversia entre los defensores de la doctrina monista y los de la doctrina dualista del derecho internacional respecto a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Algunas de esas dificultades, que se refieren al fondo y a la forma, podrían ser evitadas suprimiendo la palabra «hecho». La primera frase del artículo 2 diría entonces lo siguiente: «La tipificación de los crímenes internacionales definidos en el artículo 1 es independiente del ordenamiento jurídico interno.»

14. En lo que se refiere al proyecto de artículo 3, el Sr. Illueca, sin querer desarrollar en esta etapa el punto de vista que ha expuesto en una intervención anterior (1996.ª sesión), desea subrayar el interés que tienen las observaciones del Sr. Boutros Ghali (1998.ª sesión) respecto a la criminalidad de las organizaciones como sujetos de derecho penal internacional. En efecto, no hay que olvidar que tanto el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* se refieren a la criminalidad de grupos, organizaciones e instituciones no estatales. Es éste un punto que deberán estudiar el Relator Especial y la Comisión.

15. El proyecto de artículo 4, que hace evidente la necesidad de crear un tribunal penal internacional, puede ser aprobado sin reservas: bastará con hacer algunas modificaciones en el texto del párrafo 1 para tener en cuenta las observaciones formuladas durante el debate. En cuanto a la cuestión concreta de la extradición, el Sr. Roucounas (1999.ª sesión) ha hecho algunas aclaraciones relativas a ciertos problemas importantes y complejos. El Sr. Illueca añade a ello que la obligación de conceder la extradición, cuando el Estado donde se encuentra el autor de un crimen internacional renuncia a juzgarlo, se deriva también de la Declaración sobre el Asilo Territorial, de 1967⁸, en virtud de la cual los Estados no deben otorgar el asilo a «ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad» (art. 1, párr. 2) y la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951⁹, que prevé expresamente que sus disposiciones no serán aplicables a las personas acusadas de crímenes internacionales (art. 1, secc. F).

16. El proyecto de artículo 7 prevé la aplicación de la norma *non bis in idem* mientras que el estatuto del Tri-

⁸ Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1967.

⁹ *Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.83.XIV.1), pág. 108.

⁶ Véase 1992.ª sesión, nota 12.

⁷ Véase 1996.ª sesión, nota 15.

bunal de Nuremberg¹⁰ rechazaba esa norma al disponer en el artículo 29:

[...] Si después de que un acusado haya sido declarado culpable y sentenciado, el Consejo de Control de Alemania descubriera nuevas pruebas que a su juicio justificaran otro cargo en su contra, informará de ello al Comité establecido con arreglo al artículo 14 [Comité de investigación y procesamiento de los grandes criminales de guerra], para que adopte las medidas que considere adecuadas en interés de la justicia.

Hay ahí materia para discusión. En efecto, cabe preguntarse si está justificado o no prever la posibilidad, en caso de que se descubrieran nuevos elementos de prueba que pudieran constituir otro cargo, de volver a abrir un caso ya juzgado para evitar que un crimen internacional quede sin castigo.

17. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que el Relator Especial ha modificado con mucha habilidad el texto de los proyectos de artículos, a fin de tener en cuenta la reacción de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General a su textos anteriores. No obstante, la presencia en el proyecto de gran número de variantes y de textos para elegir y el frecuente recurso a cláusulas derogatorias atestiguan la importancia de las consideraciones políticas en cuestiones tan importantes como las de la responsabilidad penal de los Estados o de la creación de un tribunal penal internacional. El Relator Especial ya en 1985, al presentar su tercer informe en el 37.º período de sesiones, señaló las «dificultades que entraña el tema, que se sitúa en la confluencia del derecho y la política y que afecta por eso a la sensibilidad y a las convicciones profundas de cada persona»¹¹.

18. No obstante, hay un riesgo en mostrarse demasiado sensible a consideraciones políticas. Sin duda es esencial que el texto definitivo obtenga una amplia aprobación y el señor Jacovides (1995.ª sesión) ha tenido razón en recordar que el proceso normativo internacional es, al igual de la política, el arte de lo posible. Ahora bien, lo posible no es necesariamente lo que parece a primera vista lo menos discutible desde el punto de vista político o lo más conforme a las opiniones expresadas en la Sexta Comisión.

19. Por ejemplo, no hay razón para suponer que un Estado estará más dispuesto a aceptar que uno de sus nacionales —incluso sin hablar de sus agentes— sea juzgado por un tribunal extranjero que por un tribunal penal internacional. Ahora bien, precisamente esta hipótesis ha tenido por efecto relegar la noción de jurisdicción penal internacional en una disposición supletoria, en beneficio de la noción de jurisdicción universal, la cual, al examinarla más de cerca podría muy bien no ser fácil de aplicar.

20. Asimismo, el hecho de subrayar ya no la responsabilidad penal de los Estados sino la de los individuos, no incitará necesariamente a los Estados a aceptar más ampliamente el código. De la experiencia adquirida por la Comisión se desprende en realidad que la única aceptación comprobable, es decir el número de firmas y de ratificaciones del código por parte de los Estados, estará en función de varios factores ajenos a la cuestión, respecto a los cuales los debates y los documentos de la

Sexta Comisión no pueden ofrecer un índice satisfactorio.

21. El proyecto de código, que refleja así ciertas dudas sobre los puntos que suscitan consideraciones políticas, tiende por el contrario a otorgar sólo un interés marginal al hecho de que la tarea del desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional es también, en la materia, un esfuerzo de legislación penal. A este respecto, es cierto que los trabajos actuales plantean importantes cuestiones de justicia y de moralidad, ya que las dificultades que plantea la conciliación del derecho y de la justicia adquieren una importancia particular cuando se trata de derecho penal.

22. Antes de abordar el examen de esas dificultades, el Sr. Al-Khasawneh desea mencionar algunos puntos respecto a los cuales el carácter penal de la tarea actual facilita o dificulta la labor de la Comisión. Por ejemplo, la obligación de redactar de forma precisa en materia penal ofrece un criterio satisfactorio para apreciar los textos. Asimismo, las garantías jurisdiccionales expuestas en el artículo 6 del quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/404) son comunes a todas las escuelas de derecho y a todos los sistemas jurídicos, de modo que debería ser relativamente fácil definir la responsabilidad y las excepciones a la responsabilidad. Por último, afortunadamente cuestiones como la presunción de inocencia, la necesidad de intención y la individualidad de las penas forman parte de lo que se llama a veces «derecho establecido».

23. Por el contrario, ciertas cuestiones fundamentales que se refieren al concepto mismo de responsabilidad penal están muy lejos de ser resueltas. Por ejemplo, es dudoso que una interpretación amplia del término *lex*, en el adagio *nullum crimen sine lege*, baste para hacer desaparecer las tensiones intrínsecas entre la justicia y el derecho, o, si se prefiere, entre el derecho natural y el derecho positivo. En cuanto a la prescripción, cabe preguntarse si es resultado de la simple dificultad material de recoger los elementos de prueba o si es un don divino del olvido y del perdón. El Sr. Al-Khasawneh duda también respecto del párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 1, en el que se afirma que «la manera en que la comunidad internacional resiente un acto en un momento determinado, la amplitud de la reprobación que suscita, es el factor que determina que un acto constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad». Para citar sólo un ejemplo: hace sólo algunas decenas de años, la construcción de fortificaciones militares en violación de obligaciones convencionales hubiera sido considerada como infracción digna de figurar en el código, cuando en la actualidad constituye una simple curiosidad histórica. Evidentemente, el tema que se examina no se sitúa sólo en la confluencia del derecho y la política, sino también en la del derecho y la justicia.

24. El Sr. Al-Khasawneh, pasando al principio *aut dedere aut punire*, dice que aprueba la sustitución del verbo final por *judicare*, y que no tiene objeciones en que se emplee el latín. A su juicio, la dificultad está en que una forma de procedimiento sea elevada al rango de principio esencial. Además, sería necesario modificar el texto del proyecto de artículo 4 en varios puntos. En primer lugar, sería conveniente prever un sistema de priori-

¹⁰ Véase 1992.ª sesión, nota 6.

¹¹ *Anuario... 1985*, vol. I, pág. 6, 1879.ª sesión, párr. 5.

dades para poner término a los conflictos de competencia y a las solicitudes de extradición rivales. En segundo lugar, como acaba de señalar el Sr. Arangio-Ruiz, sería necesario precisar que los Estados tienen la obligación de introducir las disposiciones del código en su legislación, debiendo ser uniformes las sanciones, en lo posible. En tercer lugar, en cuanto a la cuestión del asilo, el Sr. Al-Khasawneh sugiere que se adopte la fórmula de compromiso adoptada en varias convenciones recientes como las que tratan de las infracciones llamadas «aéreas», de las tomas de rehenes o de los crímenes contra las personas que gozan de protección internacional. En cuarto lugar, en lo que se refiere a las garantías jurisdiccionales, el Sr. Al-Khasawneh sugiere inspirarse en la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 1979¹² que, a ese respecto, difiere de las convenciones anteriores. En quinto lugar, habría que examinar las consecuencias de la norma *aut dedere aut judicare* teniendo como fondo los tratados relativos a la extradición, especialmente a fin de que los Estados que tienen un derecho de jurisdicción más afirmado que otros, pero que no tienen un tratado de extradición con el Estado en cuyo territorio se ha localizado al autor del acto, no sean víctimas de una discriminación simplemente por no existir un tratado de esa índole.

25. En lo que se refiere al sistema de la jurisdicción universal, el Sr. Al-Khasawneh estima que para que un sistema de ese tipo funcione con eficacia es esencial que el conjunto de la comunidad internacional considere que los individuos acusados de ciertos actos se han excluido ellos mismos de la sociedad al cometerlos. Un grupo de Estados que comparta los mismos ideales y los mismos intereses podría decidir con bastante facilidad que la piratería, por ejemplo, constituye una amenaza para sus ideales e intereses comunes, y justifica el ejercicio de una jurisdicción universal. Pero sería menos fácil que una comunidad internacional, a la vez universal y heterogénea tomara una decisión de ese tipo; de donde se llega a la conclusión, sin duda decepcionante, de que el único grupo que puede ser objeto de una jurisdicción universal indiscutible podría ser el de los traficantes de droga. Además, el Sr. Al-Khasawneh invita a la Comisión a que estudie más a fondo el proyecto de artículo 4 antes de aprobarlo.

26. El Sr. Al-Khasawneh comparte la opinión de los oradores que estiman necesario, en aras de la claridad y de la lógica, armonizar el texto del párrafo 1 del artículo 4 con el de las disposiciones correspondientes de las convenciones a las que ha hecho alusión anteriormente.

27. El Sr. Al-Khasawneh también apoya la idea de suprimir al final del artículo 5 las palabras «por naturaleza», con la esperanza de que el principio que lo inspira se exprese en el comentario.

28. Respecto al proyecto de artículo 6, el Sr. Al-Khasawneh señala que la expresión «garantías judiciales» se emplea al menos una vez, es decir en la tercera frase del párrafo 6 del comentario, para indicar lo que se entiende por «garantías jurisdiccionales» en el título y el texto del artículo. Ahora bien, en otros instrumentos las expresiones empleadas son «garantías mínimas» o

«garantías fundamentales». Quizá el Relator Especial desee examinar si todas esas expresiones son sinónimos, en cuyo caso la elección dependería del gusto de los juristas.

29. En cuanto al título del proyecto de código, señala que la dificultad relativa al empleo del término «offences» se plantea sólo en inglés. No sucede, por ejemplo, en el texto árabe.

30. El Sr. PAWLAK señala que, durante la segunda guerra mundial, su país sufrió enormemente debido a las políticas y crímenes de los dirigentes de la Alemania nazi. Además, está firmemente convencido de la necesidad de elaborar un instrumento universal como el proyecto de código que la Comisión prepara.

31. En lo que se refiere al título del texto inglés, el Sr. Pawlak opina también que se debe sustituir la palabra «offences» por «crimes», término más adecuado a la naturaleza y al contenido del proyecto de código.

32. El Sr. Pawlak apoya también el nuevo texto del proyecto de artículo 3, donde se ha añadido la palabra «individuo». Esa modificación suprime toda ambigüedad en cuanto al ámbito de aplicación *ratione personae* del código. No obstante, impone ciertas modificaciones en los otros proyectos de artículos, en particular en el proyecto de artículo 6, donde las palabras «Toda persona acusada de» deberán sustituirse por «Todo individuo que cometa».

33. El proyecto de artículo 4 es una de las disposiciones esenciales del proyecto, ya que trata del problema de la aplicación del código. El nuevo texto aporta a este problema una solución práctica que, sin embargo, no deja de suscitar algunas dificultades, como reconoce el Relator Especial en el comentario. A ese respecto, el Sr. Pawlak evoca los principios enunciados en el Acuerdo de Londres, de 1945¹³, al que se anexa el estatuto del Tribunal de Nuremberg, y en el estatuto del Tribunal de Tokio¹⁴. Señala que esos principios reconocían plenamente las disposiciones de la Declaración de Moscú de 1943¹⁵, relativa al regreso de los criminales de guerra a los países donde habían cometido sus crímenes. Además sugiere que la norma general que se enuncie en el artículo 4 sea formulada de la forma siguiente:

«Los autores de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad serán juzgados y castigados en el país donde hubieren cometido sus crímenes, de conformidad con las leyes de ese país.»

34. Esa disposición haría efectivo el principio de la territorialidad, plenamente reconocido por el derecho penal de muchos países, entre ellos Polonia, que lo ha incluido en el artículo 3 de su Código Penal. Además correspondería a los términos del párrafo 5 de la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, sobre principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y

¹² Véase 1992.º sesión, nota 6.

¹⁴ *Ibid.*, nota 11.

¹⁵ Declaración sobre las atrocidades perpetradas por los alemanes, firmada en Moscú el 30 de octubre de 1943 por el Reino Unido, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética. Para el texto, véase Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg...* (véase 1996.º sesión, nota 15), pág. 94, anexo I.

¹² Véase 1995.º sesión, nota 10.

castigo de los culpables de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que dispone:

5. Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas.

En cuanto a los autores de crímenes que no han sido cometidos en un país determinado, o que han sido cometidos en varios países, podrían ser perseguidos por un grupo de países que establezcan una jurisdicción común, como fue el caso en Nuremberg y en Tokio después de la segunda guerra mundial.

35. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 4, el Sr. Pawlak preferiría que en lugar de la fórmula negativa propuesta por el Relator Especial se incluya una fórmula positiva del siguiente tenor: «Los Estados interesados podrán también establecer una jurisdicción penal internacional.»

36. No obstante, ni la aplicación del principio de la territorialidad ni los procesos colectivos podrán solucionar todos los problemas que plantea el enjuiciamiento de los autores de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Además, sería necesario aplicar el principio de la represión universal, reconocido en los sistemas jurídicos de muchos países. En Polonia, este principio se enuncia en el párrafo 2 del artículo 115 del Código Penal de 1969, que dispone que los tribunales polacos apliquen el derecho penal polaco desde el momento en que el autor ha cometido fuera del territorio polaco un crimen punible en virtud de un acuerdo internacional en el que Polonia es parte. Ese principio general de la represión universal, que figura también en varios instrumentos internacionales, como la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* podría formularse de la forma siguiente:

«Todo Estado tiene el deber de juzgar al autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad cometido en su territorio o en otro lugar o de conceder su extradición al Estado en donde ha cometido ese crimen.»

Por otra parte, el Sr. Pawlak no está convencido de la necesidad de mencionar el arresto en el proyecto de artículo. Quizá se podría emplear el término «detención» como en el estatuto del Tribunal de Nuremberg.

37. Como ya ha dicho el Sr. Pawlak, la aplicación del código es lo que plantea el problema más importante. A ese respecto, subraya la importancia del principio de la buena fe y hace recordar que desde 1966 la Comisión, al enumerar los principios de interpretación de los tratados había afirmado que: «El primero, la interpretación de buena fe, se desprende directamente de la norma *pacta sunt servanda*»¹⁶. Si insiste sobre este punto es porque comprende las dificultades inherentes a cuestiones como la extradición, los medios de obtener las pruebas, los juicios contradictorios y una escala uniforme de penas. No obstante, está convencido de que, una vez que el

proyecto se convierta en tratado internacional obligatorio, será aplicado de buena fe, de conformidad con la práctica jurídica internacional.

38. El Sr. Pawlak, pasando a la lista de crímenes, subraya la necesidad de evitar el introducir en ella la casi totalidad de las violaciones concebibles del derecho internacional. Hay que concentrarse en cuestiones esenciales y tomar como criterio de enumeración una definición general en la que se agrupen las características propias de los crímenes previstos. En efecto, el código no debe sólo expresar el estado actual de la conciencia internacional, debe indicar también la evolución del derecho internacional. Para ello, se podría calificar a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de actos que comprometen gravemente los intereses esenciales de la humanidad, violan los principios fundamentales del *jus cogens* y constituyen una amenaza contra las diferentes naciones, los diversos grupos étnicos, la civilización y el derecho a la vida. Quizá el Relator Especial podría también examinar la relación entre las disposiciones del proyecto de código y las del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados¹⁷. El Sr. Pawlak no se opone tampoco a que se incluyan en la lista de crímenes internacionales el «ecocidio», como expresión general de la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente, el empleo en primer lugar de las armas nucleares, el colonialismo, el *apartheid*, la agresión económica y el mercenarismo.

39. Para terminar, el Sr. Pawlak señala que en el último párrafo del preámbulo de la resolución 41/75 de 3 de diciembre de 1986, la Asamblea General subrayó la urgencia de preparar el proyecto de código. Por ello ruega al Relator Especial que indique cuando resuma el presente debate, si no podría prever la preparación, para el próximo período de sesiones de la Comisión, de un proyecto de artículos que trate a la vez de los crímenes contra la paz, de los crímenes contra la humanidad, de los crímenes de guerra y de crímenes conexos.

40. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ felicita a su vez al Relator Especial por el valioso trabajo de síntesis que ha presentado en su quinto informe (A/CN.4/404), y que tiene en cuenta las observaciones hechas no sólo por los miembros de la CDI en el anterior período de sesiones sino también por los representantes en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo primer período de sesiones de la Asamblea General.

41. Puede aceptar el proyecto de artículo 1, salvo que le parece deseable, por las razones que el Sr. Illueca acaba de exponer, sustituir la expresión «crímenes de derecho internacional» por «crímenes internacionales».

42. Si el proyecto de artículo 2 consagra con razón el sacrosanto principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, hay que encontrar la forma mejor de redactar una disposición sobre la calificación de los hechos como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

43. En lo que se refiere al proyecto de artículo 3, el Sr. Díaz González prefiere el texto anterior, que permitiría referirse eventualmente a la responsabilidad penal del Estado, tanto más cuanto que la Comisión ya ha

¹⁶ Párrafo 12 del comentario al artículo 27 del proyecto de artículos definitivo sobre el derecho de los tratados, aprobados por la Comisión en su 18.º período de sesiones, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 242, documento A/6309/Rev.1, parte II.

¹⁷ Véase 1993.ª sesión, nota 7.

aprobado en primera lectura el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados¹⁸, y de las organizaciones consideradas como criminales.

44. El proyecto de artículo 4 es el artículo clave del proyecto de código, ya que un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sería inútil si no previera un mecanismo encargado de la aplicación de las sanciones, es decir, la creación de una jurisdicción penal internacional. Todas las fórmulas propuestas respecto a la forma que pudiera revestir esa jurisdicción son aceptables, pero la solución mejor sería indudablemente la creación de un tribunal penal internacional o, en última instancia, de una cámara penal dentro de la CIJ. En cuanto al título del artículo 4, el Sr. Díaz González lo juzga inadecuado, no a causa de la fórmula —ya que el latín es la lengua jurídica por excelencia— sino porque no corresponde a la realidad: no se trata de castigar o de conceder la extradición, sino más bien de juzgar o de conceder la extradición. Por ello el texto del párrafo 1 no es satisfactorio, ya que el Estado no debe limitarse a detener al supuesto autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que se encuentra en su territorio: tiene también la obligación de buscarlo para detenerlo, después juzgarlo o conceder su extradición. Además, sería más justo sustituir la palabra «autor» por las palabras «supuesto autor» ya que la situación prevista es anterior al juicio.

45. El Sr. Díaz González no tiene dificultades en aceptar el proyecto de artículo 5, si bien las palabras «por naturaleza» le parecen superfluas.

46. En cuanto al proyecto de artículo 6, habría que sustituir, en el texto español, el título actual por el de «Garantías procesales» o «Garantías judiciales».

47. El proyecto de artículo 7 parece establecer la preeminencia del derecho interno y con ello estar en contradicción con el proyecto de artículo 2 que enuncia, por el contrario, la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, norma ya reconocida en derecho internacional y en derecho interno. En lo que se refiere al texto mismo, sería preferible utilizar la expresión «supuesta infracción» y sustituir las palabras «el procedimiento penal de un Estado» por «el procedimiento penal previsto en el presente código».

48. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 8, el Sr. Díaz González propone que se supriman las palabras «ni a la condena» —ya que el individuo en cuestión puede quedar absuelto— y sustituir las palabras «por todas las naciones» por «la comunidad internacional».

49. El proyecto de artículo 9 parece prever circunstancias atenuantes o eximentes más bien que excepciones al principio de la responsabilidad. A ese respecto, apoya las observaciones formuladas por el Sr. Barsegov (1999.ª sesión) respecto a la intención y al móvil, que han hecho la luz sobre diversos elementos, objetivos y subjetivos, que entran en la definición de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

50. Entre las excepciones enumeradas en el proyecto de artículo 9, el Sr. Díaz González puede admitir la legítima

defensa en ciertos casos, por ejemplo, ante un acto de agresión, pero no es una cuestión de legítima defensa cuando ha habido intención de agredir. Asimismo, no se puede invocar el error de hecho o de derecho si se ha demostrado la intención de cometer genocidio. Sobre esos puntos, la Comisión debería actuar con prudencia y estudiar con mucha atención las circunstancias atenuantes o eximentes ya que muchas de ellas parece que deben ser excluidas en el caso de los crímenes previstos en el código. Cabe preguntarse si un Estado podría justificar una política de *apartheid* con el ejercicio de su derecho de legítima defensa contra una comunidad que vive en su territorio. ¿O podría pretenderse que la responsabilidad en esa materia incumbe únicamente al Jefe del Estado? ¿Puede ignorar la policía de un Estado que al aplicar esa política comete un crimen contra la humanidad?

51. El Sr. Díaz González desearía formular algunas observaciones en cuanto a la forma en el texto español de los proyectos de artículos, pero se propone, junto con los demás miembros de lengua española de la Comisión, presentar a la Secretaría un documento en el que se hagan constar las correcciones que hay que aportar en los textos.

52. El Sr. BEESLEY felicita al Relator Especial por la forma en que ha tenido en cuenta las observaciones formuladas sobre el presente tema en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

53. Recordando la propuesta que hizo en la 1994.ª sesión precisa que ésta se inspira en los procedimientos de la CIJ y en la idea de que no estaría de acuerdo con la realidad el fundar la labor de la Comisión en la hipótesis de la creación de un tribunal internacional. Por ello, propuso que se estudiara la posibilidad de hacer aplicar el código por conducto de los tribunales nacionales, en los que se reunirían un magistrado de la jurisdicción de que dependa el acusado y varios magistrados de jurisdicciones cuya jurisprudencia fuera diferente a la vez de aquella de la jurisdicción de que depende el acusado y de la del tribunal nacional interesado. Esa solución permitiría internacionalizar el procedimiento según normas aceptables para la comunidad internacional, garantizar la imparcialidad del proceso y asegurar la interacción necesaria de los diferentes sistemas jurídicos. Protegería a la vez los derechos del acusado y los intereses de la comunidad internacional. Podría servir de punto de confluencia para los partidarios de la creación de un tribunal penal internacional y aquellos que no creen en él. Garantizaría por último la certidumbre y la uniformidad en la aplicación del derecho.

54. Si el Sr. Beesley hace esta propuesta, ello se debe a las diferencias de jurisprudencia que existen entre los países en materia de derecho penal. Sin duda algunas cuestiones, como la presunción de inocencia, son resueltas en el proyecto de código pero otras no lo son. Es el caso por ejemplo de la obligación de informar al acusado de sus derechos en el momento de su detención, de las normas aplicables a su interrogatorio, de la creación del jurado, de las normas de administración de la prueba, de las normas de extradición, del derecho a la puesta en libertad bajo caución o también del *habeas corpus*. Asimismo, aunque existe terreno para el entendimiento en la Comisión sobre la norma de la irretroactividad, no ocurre así sobre el carácter limitativo o no de

¹⁸ *Ibid.*

la lista de crímenes. En ese punto, lo peor sería aprobar una norma de irretroactividad optando por una lista no limitativa, ya que ello podría incitar a ciertas jurisdicciones nacionales a añadir otros crímenes en la lista, con lo que en realidad se haría retroactiva.

55. La cuestión de la orden del superior jerárquico y la de la intención delictiva (*mens rea*) demuestran también que los juristas de países diferentes se inspiran inevitablemente en el régimen jurídico que les es propio. En lo que se refiere a la orden del superior jerárquico, de los casos citados por Leslie C. Green, en su obra publicada en 1976¹⁹, se desprende que países como la República Federal de Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos de América, Francia, Ghana, Israel, Noruega, Países Bajos, Polonia y el Reino Unido rechazan todos la excepción de la orden del superior jerárquico. Así pues, en ese punto la Comisión no encuentra ningún obstáculo y puede estar bastante segura del resultado de sus esfuerzos. Por el contrario, la intención delictiva es considerada por algunos como equivalente al móvil, mientras que, en derecho inglés al menos, se trata de algo diferente. Para ilustrar sus palabras, el Sr. Beesley da lectura a algunos extractos de *Halsbury's Laws of England*, en particular de los párrafos 3, 4, 6 y 7 de la sección I de la primera parte. Esos pasajes subrayan la importancia del concepto de intención delictiva en muchos países, como el Canadá, cuya jurisprudencia tiene sus raíces en la de los tribunales del antiguo imperio británico con las garantías que la acompañan, tal como la institución del jurado y el *habeas corpus*. Demuestran también la necesidad de tener en cuenta el hecho de que la jurisprudencia no es uniforme en el mundo. Por todas esas razones parece indispensable elaborar un instrumento que pueda ser aplicado de buena fe y a escala universal.

56. Por lo que se refiere al título inglés del tema, el Sr. Beesley preferiría la palabra «crime» a «offence», término que designa muchas veces delitos relativamente menores. Quizás se podría decir también «crimen capital».

57. El Sr. Beesley estima también que los Estados deberían tener la obligación de adoptar las medidas necesarias para incorporar las normas del código en su derecho interno. Esto es lo que el Canadá, donde la ley no prevé la aplicación automática de los instrumentos internacionales, ha debido hacer en casi todos los casos de esta índole. Por ejemplo, se promulgó la ley de 1947 sobre las Naciones Unidas para tener en cuenta la Carta de las Naciones Unidas y permitir al Canadá aplicar las decisiones del Consejo de Seguridad. Como el Canadá no es el único país en ese caso, el código debería imponer una obligación similar a todos los Estados, de forma que ninguno de ellos pueda resguardarse en su Constitución.

58. Respecto a la cuestión de si la lista de crímenes debe ser limitativa o no, el Sr. Beesley afirma que el Canadá, por su parte, no ha tratado nunca de redactar una lista de ese tipo en derecho penal. Según los casos y la evolución de la sociedad, el legislador decide prohibir un comportamiento u otro, o por el contrario, abolir el

carácter delictivo de ciertos actos. En el caso del proyecto de código, la respuesta quizá esté en un anexo susceptible de modificaciones.

59. En cuanto a si el código puede aplicarse a los crímenes de los individuos y a los crímenes de los Estados, parece difícil prever un procedimiento mediante el cual un Estado podría juzgar a otro Estado a falta de un tribunal internacional, o por lo menos de una jurisdicción mixta en la que intervinieran jueces de varias jurisdicciones. Además, el Relator Especial tiene razón en limitar, por el momento, el ámbito de aplicación del código al individuo.

60. Con respecto al proyecto de artículo 1, aunque el Sr. Beesley comprende el punto de vista del Relator Especial respecto a la idea de la gravedad (párr. 2 de comentario) desearía que se expresara en algún lugar del código.

61. En lo que se refiere al proyecto de artículo 2, es importante comprender que el código quedaría desprovisto de utilidad si no descansa en la hipótesis de la primacía del derecho penal internacional, de donde se deriva la necesidad de una disposición que invite a los Estados a legislar al respecto. El Sr. Beesley está de acuerdo con el Relator Especial (párr. 7 del comentario) en que el empleo de la norma *non bis in idem* para oponerse a procesamientos internacionales equivaldría a negar la existencia del derecho penal internacional y paralizaría en la práctica el sistema de represión basado en el código. Así pues, la cuestión merece ser examinada atentamente.

62. Está también de acuerdo en que el proyecto de artículo 4 es la esencia misma del conjunto del proyecto de código, pero no aprueba el empleo de las palabras «autor de un crimen», que parecen implicar una presunción de culpabilidad. Sería mejor hablar de «el acusado» o «el individuo acusado del crimen».

63. El Sr. Beesley señala una omisión aparente en el proyecto de artículo 6 sobre garantías jurisdiccionales, donde no se trata de la capacidad jurídica. Ahora bien, en el mundo contemporáneo, niños participan en combates. ¿Y qué pensar de la demencia, la enajenación mental, que sirve de medio de defensa en muchas jurisdicciones?

64. El Sr. KOROMA, sin querer criticar a la Secretaría, lamenta que hasta ahora se haya distribuido sólo un acta resumida del presente período de sesiones; la tarea de los miembros de la Comisión se vería facilitada si pudieran remitirse a las actas resumidas de las sesiones a medida que avanzan sus debates.

65. Sigue creyendo que el título inglés del proyecto de código debería mantenerse en su forma actual. En el *Black's Law Dictionary* se dice que la palabra «offence» es un término genérico que engloba «felonies» (infracciones mayores) y «misdemeanours» (actos delictivos menos graves). Es posible que se pueda después modificar el título para emplear la palabra «crimes». Pero, mientras no se haya preparado la lista de infracciones que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, debería mantenerse el título actual.

66. El Sr. Koroma no cree que el proyecto de artículo 5 sea superfluo. Es cierto que algunas jurisdicciones

¹⁹ L. C. Green, *Superior Orders in National and International Law*, Leyden, Sijthoff, 1976.

prevén la prescripción para las infracciones criminales; pero en el caso de las infracciones extremadamente graves, como el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad, debería ser imposible invocar la prescripción para impedir el enjuiciamiento, cualquiera que sea el tiempo transcurrido.

67. No comprende por qué ha surgido una discusión respecto a la primacía entre el derecho interno y el derecho internacional y la adopción del código en el derecho interno. Es evidente que los Estados tienen diferentes formas de incorporar el derecho internacional en su derecho interno. Lo esencial es convenir en lo que es aceptable para todos los Estados y, solamente entonces incumbiría a los Estados decidir la forma en que se ha de traducir el código en su legislación.

68. La tesis mantenida por el Sr. Barsegov (1999.ª sesión) respecto a la *mens rea*, que aprueba el Sr. Koroma, tiene su justificación en el resultado del proceso de Nuremberg, donde los medios de defensa fundados en la orden del superior jerárquico y en la coacción fueron rechazados debido a la amplitud de los crímenes de que se trataba. El genocidio y los crímenes contra la humanidad tampoco podrían tener excusa bajo pretexto que no hubo intención criminal. Según el Sr. Koroma, la incapacidad o la enajenación mental no deberían tampoco constituir un medio de defensa en el caso de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Los niños, de los que se ha hablado, pueden ser capaces de cometer un asesinato pero no pueden cometer genocidio sin el apoyo del Estado. Por ello, esos medios de defensa han sido rechazados cada vez que han sido invocados.

69. El Sr. Beesley precisa que en su intervención anterior no ha querido defender o atacar un punto particular: pretendía simplemente señalar que los sistemas de jurisprudencia difieren en cuestiones como la *mens rea* o el carácter limitativo de las listas de crímenes y que, si la Comisión descuidara ese hecho, lo haría por su cuenta y riesgo.

70. El Sr. Sreenivasa RAO no cree que haya profundas divergencias de opinión en la cuestión de la *mens rea*, dada la naturaleza de los actos de que se trata. Crímenes como el *apartheid*, el genocidio o la utilización de las armas nucleares ponen en peligro a toda la humanidad, y no se debe generalizar a partir de conceptos de derecho interno. La Comisión puede inspirarse en los principios del derecho penal ordinario, pero debe dar prueba de gran prudencia antes de aplicarlos a situaciones internacionales.

71. Se ha dicho con razón que no era necesario que la Comisión se preocupase de la aplicación del código. Como ya ha señalado (1994.ª sesión), el principal objetivo de la Comisión es formular normas que puedan obtener el mayor acuerdo posible. Corresponde a los Estados decidir la mejor forma de aplicar el código. Las sugerencias del Sr. Beesley, que corresponde a realidades prácticas, es una innovación que merece ser estudiada. La Comisión ha logrado progresos satisfactorios: ni la *mens rea* ni la aplicación del código deben retenerla por más tiempo.

72. El Sr. Calero Rodrigues conviene con el Sr. Koroma en que el término «offence» en el título inglés del proyecto de código es correcto. Pero también es

impreciso, ya que es un término general que no engloba solamente a los crímenes sino también a ciertos delitos menores, mientras que el proyecto de código se refiere a infracciones reconocidas como crímenes.

73. El Sr. Barsegov precisa que las observaciones que ha hecho en la sesión anterior sobre la cuestión de la intervención y del móvil no tienen nada que ver con las particularidades del sistema jurídico de su país. El elemento subjetivo que es la intención, ya pueda ser invocado o no en derecho interno en el caso de crímenes ordinarios, no podría serlo en el caso de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Contrariamente a lo que algunos pueden pensar, el derecho internacional no es la simple trasposición del derecho interno a las relaciones exteriores.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2001.ª SESIÓN

Jueves 21 de mayo de 1987, a las 10 horas

Presidente: Sr. Stephen C. McCaffrey

más tarde: Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Koroma, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucouas, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) [A/CN.4/398², A/CN.4/404³, A/CN.4/407 y Add.1 y 2⁴, 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 (conclusión)

ARTÍCULOS 1 A 11⁵ (conclusión)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a resumir el debate.

¹ El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones, en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693)*, pág. 11, párr. 54], se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 8 y 9, párr. 18.

² Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

⁴ *Idem.*

⁵ Para el texto, véase 1992.ª sesión, párr. 3.