

PROYECTO DE CÓDIGO DE DELITOS CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/364

Primer informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial

[Original: francés]
[18 de marzo de 1983]

ÍNDICE

	<i>Parrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-5	147
<i>Capítulo</i>		
I. EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	6-28	148
A. Después de la primera guerra mundial	7-23	148
B. Después de la segunda guerra mundial	24-28	150
II. AMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO DE CODIFICACIÓN	29-48	152
A. ¿A qué crímenes se aplica la codificación?	30-41	152
1. Distinción entre crímenes de derecho internacional y crímenes de derecho interno	31-35	152
2. Distinción entre crímenes políticos y crímenes de derecho común	36-41	153
B. Los sujetos de derecho.....	42-48	154
III. METODOLOGÍA DE LA CODIFICACIÓN.....	49-58	157
IV. PREPARACIÓN DEL CÓDIGO.....	59-68	160
V. CONCLUSIÓN.....	69-70	162

Introducción

1. En su resolución 36/106, de 10 de diciembre de 1981, la Asamblea General pidió nuevamente a la Comisión de Derecho Internacional que examinase la cuestión del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y la invitó a que reanudase su labor con miras a elaborar un proyecto de código que tuviera en cuenta el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional.

2. En atención a esa solicitud, la Comisión designó en su 34.º período de sesiones un Relator Especial y le pi-

dió que presentase un informe introductorio sobre la cuestión¹.

3. Por el momento, el presente informe sólo puede tener carácter provisional. Trata de formular algunas preguntas cuya respuesta servirá de orientación al Relator Especial. La codificación de la cuestión de los «delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad» requiere

¹ *Anuario...* 1982, vol. II (segunda parte), pág. 131, párrs. 252 a 256.

que, como primera medida, se señalen ciertos enfoques posibles y se proceda a una opción indispensable entre ellos, según se indica en el párrafo siguiente.

4. ¿Cuál es el ámbito de aplicación de esta materia? ¿Qué método ha de adoptarse para codificarla? ¿Es necesario preparar un código? En otras palabras, ¿hay que limitarse a preparar una simple enumeración de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad dejando de lado todos los problemas que plantea su aplicación concreta, o hay que examinar la cuestión de las pe-

nas y de la jurisdicción penal internacional competente para aplicar el código? Estas son las preguntas respecto de las cuales el Relator Especial invita a la Comisión a reflexionar con él. En todo caso, parece necesario proceder a una reseña de la evolución de los problemas políticos y doctrinales que plantea la cuestión.

5. Por lo tanto, tras una relación histórica, el presente informe tendrá tres partes: el ámbito de aplicación del proyecto de codificación, la metodología de la codificación y la preparación del código.

CAPÍTULO PRIMERO

Evolución de la codificación del derecho penal internacional

6. La necesidad de elaborar un código penal de la comunidad internacional y establecer una jurisdicción penal internacional surgió inmediatamente después de la primera guerra mundial. En términos generales, cabe distinguir dos períodos en la evolución del derecho penal internacional: *a)* después de la primera guerra mundial, y *b)* después de la segunda guerra mundial.

A.—Después de la primera guerra mundial

7. La inexistencia de un código penal internacional y de reglas generalmente aceptadas para juzgar a los responsables de delitos internacionales salvó la vida del ex emperador de Alemania Guillermo II cuando el Gobierno de los Países Bajos invocó a la sazón el principio *nullum crimen sine lege* para no entregarlo a los Aliados. Sin embargo, de resultas de las atrocidades cometidas en la primera guerra mundial, los políticos comenzaron a afirmar una y otra vez que los crímenes de guerra no debían quedar impunes. Así, en vista de los actos de destrucción cometidos por las tropas alemanas en retirada, el Gobierno de Francia formuló el 4 de octubre de 1918 una advertencia en el sentido de que las violaciones sistemáticas del derecho y de la humanidad y los actos contrarios a la ley internacional y al principio de la civilización humana comprometían la responsabilidad civil, financiera y penal de sus autores.

8. Tras esa advertencia, el 23 de febrero de 1919 fue establecida la Comisión encargada de determinar la responsabilidad por la guerra e imponer las sanciones correspondientes. Esta Comisión, tras reconocer que el Estado beligerante tenía derecho a someter a su jurisdicción a aquellos individuos, incluidos los jefes de Estado, que fueron culpables de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, propuso que se estableciera una verdadera jurisdicción internacional que conociera de los delitos cometidos contra personas de otras nacionalidades, de las exacciones cometidas en campos de prisioneros y de la responsabilidad dimanada de las órdenes ilícitas dadas por las autoridades civiles o militares enemigas y que hubiesen afectado a ejércitos o a pobla-

ciones civiles. Esta propuesta, aunque nunca se materializó, marca una etapa importante en la elaboración intelectual del concepto de justicia penal internacional.

9. Si bien el informe de la Comisión fue aprobado, las reservas formuladas por algunos signatarios redujeron a la nada las disposiciones relativas a la justicia penal internacional. Los autores de las reservas adujeron que ninguna ley escrita ni ninguna convención internacional habrían dado el carácter de delito internacional a las transgresiones de las leyes y costumbres de la guerra, y que los actos de los soberanos comprometen su responsabilidad política pero no su responsabilidad penal.

10. Así pues, el debate que giró en torno a la responsabilidad del ex emperador Guillermo II tuvo lugar en un contexto poco favorable. A pesar del estudio realizado por los profesores François Larnaude y Albert de La Pradelle, que ya en esa época consideraban que la responsabilidad penal de los jefes de Estado y, por lo tanto, la del ex emperador, podía quedar comprometida y ser sometida a una jurisdicción internacional, los autores del Tratado de Versalles descartaron la responsabilidad jurídica del ex emperador.

11. Finalmente, el artículo 227 del Tratado de Versalles² no hizo referencia más que a su responsabilidad política al estipular:

Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, de haber cometido una ofensa suprema a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados.

Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado, en el que se asegurarán las garantías esenciales para su defensa. El tribunal estará integrado por cinco magistrados nombrados por los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y el Japón.

El tribunal llegará a su decisión sobre la base de los más altos fundamentos de la política internacional, animado por el deseo de asegurar el respeto de *obligaciones solemnes y compromisos internacionales* y

² G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de traités*, 3.ª serie, Leipzig, Weicher, 1923, t. XI, ág. 477. Para una versión española del Tratado, véase E. Díaz Retg, *Tratado de Paz entre las Potencias aliadas y asociadas y Alemania*, Barcelona, A.L.S.A., 1919, págs. 5 y ss.

de la moral internacional⁶. Corresponderá al tribunal determinar la pena que, a su juicio, deberá aplicarse.

[...].

12. Era evidente que no había posibilidad alguna de que se aceptara un juicio penal basado en una violación de la moral internacional y el Gobierno de los Países Bajos no tuvo problemas para rechazar el argumento y no acceder a la solicitud de extradición del ex emperador.

13. Finalmente, nada queda de las disposiciones de los artículos 227 y 230 del Tratado de Versalles, encaminadas a organizar en el ámbito internacional la represión de los delitos contra la paz y las transgresiones del derecho de la guerra. Nada, salvo el valor de un precedente jurídico.

14. En todo caso, cabe observar los enormes esfuerzos realizados por la doctrina en el período comprendido entre las dos guerras mundiales. Esta corriente doctrinal surgió bajo el impulso de las asociaciones jurídicas, especialmente la Asociación de Derecho Internacional, la Unión Interparlamentaria y la Asociación Internacional de Derecho Penal, cenáculos en que ideas y hombres se enfrentaban en debates eruditos y generosos, y el idealismo siempre triunfaba sobre el realismo, pero que tuvieron el mérito de plantear el problema de la sanción penal de las infracciones internacionales y, de ese modo, abrir el camino a las decisiones que se adoptaron en 1945 después de la segunda guerra mundial y a que se hará referencia más adelante. Hugh Bellot, el conde Henri Carton de Wiart, Henri Donnedieu de Vabres³, Nicolas Politis, Quintiliano Saldaña, Mégalos Caloyanni y Vespasien V. Pella⁴ imprimieron su sello en la obra realizada⁵.

15. En la 31.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en 1922, Hugh Bellot presentó una propuesta relacionada con la urgente necesidad de establecer una corte permanente de justicia criminal internacional y en 1924 presentó a esa Asociación un proyecto que, en su forma enmendada, fue aprobado en 1926⁶. El proyecto preveía la creación en la CPJI de una sala de lo penal que estaría encargada de conocer de las infracciones de las leyes y costumbres de la guerra

que tuvieran carácter penal y de las cuestiones que sometiera a su jurisdicción el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de las Naciones.

16. Al mismo tiempo, por iniciativa de Vespasien V. Pella⁷, la Unión Interparlamentaria comenzó a examinar el problema y, el año siguiente, la Unión, en su Conferencia de Washington, aprobó una resolución que recomendaba que se diera competencia a la CPJI para conocer de los delitos y crímenes internacionales⁸. Con arreglo a esa resolución, los delitos cometidos por Estados serían juzgados por el pleno de la CPJI, y los cometidos por personas, por una sala especial. Asimismo, la Conferencia encomendó a una subcomisión que preparara un código de represión internacional.

17. Por último, desde 1926, año en que fue creada, la Asociación Internacional de Derecho Penal había incluido en el programa de su primer congreso la cuestión de la justicia penal internacional y se había manifestado también partidaria de que se diera competencia penal a la CPJI. En 1928, la Asociación aprobó un proyecto de estatuto para el establecimiento de una sala de lo penal en la CPJI⁹. El autor de ese proyecto, Vespasien V. Pella, preparó también, por encargo de los tres organismos, un proyecto de código penal internacional que fue publicado el 15 de marzo de 1935 con el título de Código de represión internacional¹⁰.

18. Por su parte, Hans Kelsen era partidario de una organización internacional que reemplazara a la Sociedad de las Naciones y uno de cuyos órganos sería una corte internacional competente para juzgar a los individuos culpables de empleo ilegal de la fuerza o de crímenes de guerra, y que sería competente también para conocer en apelación de los casos conocidos en primera instancia por jurisdicciones nacionales y que tuvieran como causa una transgresión del derecho internacional¹¹.

19. En todo caso, los esfuerzos de la doctrina, sin duda loables, fueron baldíos. Paralelamente a la doctrina, la diplomacia, en la forma sigilosa que la caracteriza, se hizo eco de la preocupación de la comunidad internacional ante las amenazas a la paz que habían caracterizado el período comprendido entre las dos guerras mundiales. Habían surgido focos en distintas partes, no sólo

³ Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1922, pág. 36; *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1928, págs. 403 y ss.; «La Cour permanente de justice internationale et sa vocation en matière criminelle», *Revue internationale de droit pénal*, Paris, vol. I, 1924, pág. 175.

⁴ Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 2.ª ed., Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 1926; «La repression des crimes contre la personnalité de l'Etat», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1930-III*, Paris, Sirey, 1931, t. 33, pág. 677.

⁵ Vease J. B. Herzog, *Nuremberg: un échec fructueux?*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, págs. 25 a 31.

⁶ Véase «Rapport du Comité sur la Cour permanente internationale criminelle», ILA, *Report of the Thirty-fourth Conference, Vienna, 1926*, Londres, 1927, pag. 126. El texto del proyecto de estatuto de la Corte permanente de justicia criminal aprobado por la Asociación se reproduce en: Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, memorando del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.8), pag. 56, anexo 4.

⁷ Pella, «La criminalité de la guerre d'agression et l'organisation d'une repression internationale», informe presentado a la 23.ª Conferencia de la Unión Interparlamentaria, *Compte rendu de la XXIII^e Conférence*, Washington y Ottawa, 1925, pag. 205.

⁸ *Ibid.*, págs. 24 a 29; texto reproducido en Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, pag. 75, anexo 5.

⁹ El texto del proyecto de estatuto aprobado por la Asociación en 1928 y revisado en 1946 se reproduce en Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, pag. 80, anexo 7. Véase también Pella, *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Paris, Pedone, 1946, pag. 129; 2.ª ed., Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1964.

¹⁰ Pella, «Plan d'un code repressif mondial», *Revue internationale de droit penal*, Paris, 12.º año, 1935, pag. 348.

¹¹ Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944, págs. 127 y ss., anexos I y II.

en el continente europeo: reocupación de la Renania (1936), guerra civil española (1936), anexión de Austria (1938), sino también en Asia: invasión de Manchuria por las tropas japonesas (1931), en América Latina: guerra entre Bolivia y el Paraguay (1932), y en África: invasión de Etiopía (1935). Los esfuerzos de la diplomacia en ese período estaban encaminados a organizar la seguridad colectiva mediante la declaración de ilicitud de la guerra de agresión.

20. Cabe recordar el Protocolo de Ginebra de 2 de octubre de 1924 que sentó el principio del arbitraje obligatorio y, por primera vez, calificó la guerra de agresión de crimen internacional¹². Asimismo, hay que señalar la Declaración aprobada el 24 de septiembre de 1927 en la octava Asamblea de la Sociedad de las Naciones, que, con arreglo a la fórmula de 1924, consideraba que la guerra de agresión era un crimen¹³. Lamentablemente, el Protocolo de 1924 no fue ratificado y la Declaración de 1927 no era más que una formulación de principios que no preveía sistema alguno de sanciones.

21. No obstante, todo este proceso había de conducir a la manifestación más importante, el Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (Pacto Briand-Kellog), de 27 de agosto de 1928¹⁴, en el que se basó el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Cabe calificarlo de manifestación más importante ya que, a la fecha de la declaración de guerra, en 1939, se habían adherido a él 63 Estados, entre ellos Alemania, Italia y el Japón. Ahora bien, por más que, según el Pacto Briand-Kellog, la guerra fuese ilícita, no era criminal o al menos no lo era según la teoría que había prevalecido en el Tratado de Versalles y que había hecho imposible enjuiciar a Guillermo II con fundamentos que no fueran consideraciones morales y políticas.

22. Al tiempo que surgía este movimiento que tendía a una prohibición general de la guerra, la realidad hacía aconsejable proceder a su reglamentación. Así, el 6 de febrero de 1922 se celebró el Tratado de Wáshington, relativo al empleo de submarinos y gases asfixiantes en tiempos de guerra¹⁵. Según el artículo 3 de este Tratado, la transgresión de las leyes de la guerra sería considerada un crimen. Sin embargo, el Tratado de Wáshington no fue ratificado y jamás entró en vigor. También fueron adoptados otros acuerdos y convenciones bastante conocidos, como el Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 sobre la prohibición de la utilización en la guerra de gases asfixiantes tóxicos y medios bacteriológicos¹⁶, que completa las disposiciones de la

Declaración de La Haya de 29 de julio de 1899¹⁷ y el Convenio de Ginebra de 27 de julio de 1929 relativo a la protección de los heridos y los enfermos en los ejércitos en campaña¹⁸, instrumento que reafirmaba y reforzaba las disposiciones del Convenio de La Haya de 1907¹⁹. Cabe señalar que, desde el punto de vista que nos interesa, estos textos tenían en principio la misma debilidad y los mismos defectos, a saber, formulaban prohibiciones que no iban acompañadas de sanciones. Donnedieu de Vabres los clasificaba de *leges imperfectae* que imponían obligaciones morales o políticas sin una verdadera sanción.

23. Así pues, también antes de la segunda guerra mundial se observa un intento de la comunidad internacional en los ámbitos científico, diplomático y político de proteger el orden internacional mediante el derecho. Sin embargo, la codificación tuvo diversa suerte, vinculada con acontecimientos aislados y lamentablemente caracterizada por el horror y la tragedia. Así, en 1934, los asesinatos del rey Alejandro de Yugoslavia y del presidente Barhou en Marsella volvieron a suscitar la emoción internacional. Francia, con el apoyo de otros países europeos, decidió plantear el problema en la Sociedad de las Naciones, foro en el que, sin embargo, sólo fue tratado desde el punto de vista del terrorismo²⁰, que, si bien era excesivamente limitado, servía para demostrar que la codificación del derecho penal internacional estaba frecuentemente vinculada a los acontecimientos del momento y en muchos casos dependía de ella. La iniciativa francesa culminó en la aprobación, por la Conferencia internacional para la represión del terrorismo, de la Convención de 16 de noviembre de 1937 para la creación de una corte penal internacional²¹. Sin embargo, los acontecimientos que precedieron a la segunda guerra mundial impidieron que la Convención fuese ratificada y entrara en vigor.

B.—Después de la segunda guerra mundial

24. Así pues, la segunda guerra mundial había terminado y no se registraba progreso alguno en la cuestión. En importantes declaraciones, entre ellas la del Palacio de Saint-James de 13 de enero de 1942, firmada por el Gobierno británico y los diversos gobiernos en el exilio en Londres²², la declaración formulada el 17 de diciembre de 1942, publicada simultáneamente por los

¹² Protocolo sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, aprobado por la quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones (Sociedad de las Naciones, *Journal officiel, Supplément spécial N.º 21*, pág. 21).

¹³ Declaración relativa a las guerras de agresión (*ibid.*, N.º 54, pág. 155).

¹⁴ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, pág. 57.

¹⁵ M. O. Hudson, ed., *International Legislation*, Wáshington (D.C.), 1931, vol. II (1922-1924), pág. 794, N.º 66.

¹⁶ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, pág. 65.

¹⁷ J. B. Scott, ed., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3.ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 1918, pág. 225.

¹⁸ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXVIII, pág. 303.

¹⁹ Scott, *op. cit.*, pág. 100.

²⁰ Véase C. Eustathiadès, *La Cour pénale internationale pour la répression du terrorisme et le problème de la responsabilité des Etats*, París, Pedone, 1936.

²¹ Sociedad de las Naciones, documento C.547(1).M.384(1).1937.V, reproducido en: Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale...*, pág. 94, anexo 8.

²² Véase *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, H. M. Stationery Office, 1948, págs. 89 y 90.

Aliados en Londres, Moscú y Wáshington²³, y la declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943²⁴, en nombre de los «Tres Grandes», se expresó la necesidad de «sancionar mediante un procedimiento judicial organizado» a los responsables de crímenes de guerra. Las Potencias aliadas se habían comprometido solemnemente a no permitir que se repitieran las vacilaciones y errores que habían caracterizado su actitud después de la primera guerra mundial. Una vez mencionadas estas declaraciones políticas, hay que señalar que, desde el punto de vista jurídico, el instrumento más importante es el Acuerdo de 8 de agosto de 1945 en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias del Eje, así como el estatuto del Tribunal Militar Internacional que figuraba como anexo de ese Acuerdo²⁵. Se trataba del sistema de Nuremberg. Tiempo después, con la adopción de su estatuto el 19 de enero de 1946, se creó el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente²⁶.

25. Sin lugar a dudas, el sistema de Nuremberg constituye un precedente importante y a él se volverá a hacer referencia. Sin embargo, hay que tener en cuenta su aspecto ocasional y contingente, así como el carácter especial de la jurisdicción instituida. Son demasiado conocidas las críticas en contra del sistema de Nuremberg, por lo que no es preciso insistir en ellas. Se ha dicho que transgredía el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, pues los hechos fueron tipificados, y las penas establecidas después de la comisión de los hechos. Se dice que dejó a los vencidos librados a la jurisdicción de los vencedores e instituyó jurisdicciones especiales, en tanto que las garantías procesales y los derechos de la defensa exigían que los delitos y las penas estuviesen establecidos de antemano. No es necesario entrar en ese debate. Desde el punto de vista que nos interesa, hay que constatar que el problema sigue sin resolverse, pese a que ha transcurrido medio siglo desde este acontecimiento crucial. También en este caso, apenas apagadas las antorchas de Nuremberg, el debate se atasca y no hay más que retrocesos vinculados a hechos diversos y a crisis en mayor o menor medida esporádicas.

26. La atmósfera cuasirreligiosa imperante tras los horribles sucesos de la segunda guerra mundial y el esfuerzo de reflexión interna y meditación que suscitaron obligaron a la humanidad a enfrentarse a sí misma tras ese cataclismo sin precedentes. Aprovechando esa situación, se adoptaron varias medias que, más allá de los fallos históricos de Nuremberg y Tokio, estaban encaminadas a prevenir que se repitieran esos hechos. El re-

curso al derecho, cuya primacía parecía haberse reconocido y aceptado, era considerado entonces un remedio y, sobre todo, una forma de prevención del crimen internacional. Se trató de sentar para el futuro los principios que, en lo sucesivo, debían guiar la conducta de los hombres y los Estados. Naturalmente, para buscar los principios que orientaban esta alta jurisdicción internacional hay que examinar ante todo el fallo de Nuremberg.

27. En virtud de la resolución 177 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947, se encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la ejecución de esta tarea. Los debates de la Comisión giraron posteriormente en torno la cuestión de si los principios enunciados en el fallo del Tribunal de Nuremberg y en el estatuto de ese Tribunal constituían principios de derecho internacional. La Comisión consideró que los principios de Nuremberg habían sido consagrados por la propia Asamblea General y, por lo tanto, su tarea consistía simplemente en establecerlos y formularlos, a lo que procedió. Ahora bien, junto con esa tarea, en la misma resolución se había encargado a la Comisión que preparara un «proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad». El proyecto de código preparado por la Comisión en 1951²⁷ fue presentado a la Asamblea General en su sexto período de sesiones, pero su examen fue aplazado hasta el siguiente período de sesiones. En su séptimo período de sesiones, en 1952, la Asamblea General decidió no hacer figurar en su programa el tema del proyecto de código y remitirlo a la Comisión. Con ciertos cambios, el proyecto fue presentado de nuevo a la Asamblea General en su noveno período de sesiones, en 1954²⁸. Sin embargo, la Asamblea General suspendió el examen, por estimar que éste estaba vinculado con la definición de la agresión, que había sido encomendada a un comité especial cuyo informe aún no estaba preparado²⁹.

28. Finalmente, tras numerosas peripecias, la Asamblea General, en su resolución 33/97, de 16 de diciembre de 1978, pidió al Secretario General que invitara a los Estados Miembros y a las organizaciones interesadas a que formularan sus observaciones sobre el proyecto, y que le presentara un informe sobre el particular en su 35.º período de sesiones, en 1980³⁰. En ese estado se encontraba la cuestión al momento de la aprobación por la Asamblea General de su resolución 36/106, de 10 de diciembre de 1981, mencionada en el párrafo 1 del presente informe.

²³ *Ibid.*, pág. 106.

²⁴ Véase Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg: historique et analyse*, memorando del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.7), pág. 94, anexo I.

²⁵ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 279.

²⁶ *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (julio de 1945-diciembre de 1946), págs. 354 y ss.

²⁷ Véase el informe de la Comisión sobre su tercer período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/1858)*, pág. 14, párr. 59.

²⁸ Véase el informe de la Comisión sobre su sexto período de sesiones, *ibid.*, *noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693 y Corr.1)*, pág. 11, párr. 54.

²⁹ Resolución 897 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954.

³⁰ A/35/210 y Add.1 y 2 y Add.2/Corr.1.

CAPÍTULO II

Ambito de aplicación del proyecto de codificación

29. Para delimitar el ámbito de aplicación de la codificación prevista, es preciso responder a dos preguntas fundamentales: ¿Qué crímenes? ¿Qué sujetos de derecho?

A.—¿A qué crímenes se aplica la codificación?

30. Habría que hacer dos distinciones:

- a) Los crímenes de derecho internacional y los de derecho interno;
- b) Los crímenes políticos y los de derecho común.

1. DISTINCIÓN ENTRE CRÍMENES
DE DERECHO INTERNACIONAL Y CRÍMENES
DE DERECHO INTERNO

31. Es conveniente distinguir los crímenes de derecho internacional, es decir, aquellos cuya definición compete al derecho internacional, sin referencia alguna al derecho interno, de otra categoría de crímenes que, si bien acarrear consecuencias y efectos que pueden rebasar las fronteras, no son, en principio, crímenes de derecho internacional. La cooperación entre Estados para la represión de esta última categoría de crímenes ha dado lugar en ocasiones a una confusión que conviene disipar. La rapidez de los transportes y de los distintos medios de comunicación ha favorecido el bandolerismo internacional. Hoy en día, los autores de numerosos crímenes de derecho común recurren con frecuencia a tales medios para escapar de la justicia del país donde han cometido sus fechorías. Se ha organizado un cierto sistema de ayuda mutua entre malhechores de distintos países, que se conceden recíprocamente refugio e intercambian informaciones, logrando de ese modo burlar las policías y las jurisdicciones nacionales.

32. Para hacer frente a ese fenómeno, los Estados se han visto obligados a organizar su cooperación tanto más necesaria cuanto que una tradición sólidamente establecida determina que la territorialidad de la ley penal constituye el principio fundamental del derecho penal contemporáneo. De ese modo, en el seno del derecho interno se ha desarrollado una disciplina que se ha denominado abusivamente, al menos en la terminología francesa, «derecho penal internacional» y que, de hecho, no es sino una disciplina interna, ya que en ella se estudian las leyes internas que delimitan las competencias de las jurisdicciones extranjeras, así como la autoridad que tienen las sentencias fuera del territorio del Estado donde han sido dictadas. El hecho de que los distintos países se hayan visto obligados, debido a las necesidades de la cooperación en esa esfera, a dar más flexibilidad al principio de la territorialidad de la ley penal ha creado una ilusión y se ha llamado «derecho penal internacional» a esa disciplina. Sin embargo, los crímenes de que ésta se ocupa son, en principio, crímenes de derecho interno, las jurisdicciones competentes para

conocer de ellos son jurisdicciones internas y, por más que esos crímenes pueden convertirse en internacionales, ello ocurrirá en virtud de convenciones o de las circunstancias en que se hayan cometido. En ese sentido se distinguen de los crímenes internacionales por naturaleza, que competen directamente al derecho internacional independientemente de la voluntad de los Estados.

33. Ciertos autores³¹ opinan que el principio de la soberanía del Estado y su corolario, la territorialidad de la ley penal, se debilitarán ante el advenimiento de un orden internacional nuevo y que la disciplina jurídica a que acaba de hacerse referencia, que se ocupa del estudio de los conflictos de leyes y jurisdicciones, así como de las convenciones relativas a éstas, desaparecerá al surgir una disciplina nueva cuyo ámbito se ampliará paulatinamente, por cuanto pertenece a la esfera cada vez mayor de los crímenes de derecho internacional propiamente dichos, que nada tienen que ver con los conflictos de leyes y de jurisdicciones. El ámbito de esta disciplina nueva, respecto de cuya denominación existen divergencias³², será el universo trascendente, sin fronteras, en que las infracciones se considerarán en cuanto tales, sin ningún vínculo territorial. Ese mundo idealizado corresponde, tal vez, al futuro. El sentido común nos exige que nos atengamos a la realidad actual, que es muy diferente. Tal realidad se caracteriza por la variedad de las fuentes y orígenes del crimen internacional, que confieren a esta noción aspectos sumamente diferentes.

34. Junto a los crímenes internacionales por naturaleza, es decir, los que competen directamente al derecho internacional, existen crímenes internacionales definidos en virtud de una convención y crímenes internacionales que son calificados de tales exclusivamente en razón de las circunstancias en que han sido cometidos y esa coexistencia destruye la unidad del concepto de crimen internacional, en el que cabe distinguir tres categorías diferentes. La primera categoría, es decir, la de los crímenes de derecho internacional propiamente dichos, o crímenes internacionales por naturaleza, abarca los crímenes que atentan contra valores sagrados, contra principios de civilización, que deben ser protegidos como tales: los derechos humanos, la coexistencia pacífica de las naciones. Entre otros, la esclavitud, la agresión, la colonización, el *apartheid* se consideran crímenes de derecho internacional precisamente en virtud de tales principios. También pueden incluirse en esa categoría los crímenes que atentan contra un patrimonio común de la humanidad, el medio ambiente por ejemplo. La se-

³¹ Véase, entre otros, Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (op. cit.).

³² Esta disciplina se propone con el nombre de derecho penal interestatal, derecho penal universal, derecho penal supranacional o incluso derecho internacional penal.

gunda categoría abarca crímenes que se han convertido en internacionales únicamente debido a las necesidades de la represión y que han sido trasladados del plano nacional al internacional en virtud de convenios concertados con ese fin. Por último, la tercera categoría incluye los casos en que, por un concurso de circunstancias, la infracción pasa del derecho interno al internacional. Así sucede cada vez que un Estado es autor o cómplice de la infracción. Naturalmente, esa distinción no está tan clara en la realidad. A veces sucede que ciertos crímenes internacionales por naturaleza son objeto de convenios, por ejemplo el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio³³ y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial³⁴. Con frecuencia, empero, la reprobación precede al nacimiento de la convención y el objeto de ésta es simplemente consagrar una evolución moral. Tal es el caso, por ejemplo, de la condena de la esclavitud. Igualmente, la tercera categoría de crímenes no tiene un carácter *sui generis*, ya que abarca crímenes de carácter interno cuya internacionalización se debe únicamente a la intervención de un Estado en su perpetración. Dado que esta categoría no posee ninguna característica específica, sería posible en última instancia descartarla, pero es menester mencionarla por necesidad del análisis.

35. Si bien el valor relativo de la distinción propuesta es evidente, ella permite plantearse una pregunta fundamental. ¿A qué categoría de crímenes se refiere la codificación? Al parecer, en 1954 la Comisión se refirió sobre todo a la primera categoría, es decir, a la de los crímenes internacionales por naturaleza, que son aquellos que competen directamente al derecho internacional sin que medie una convención internacional o que, aunque sean objeto de una convención, serían considerados crímenes de derecho internacional incluso en ausencia de tal instrumento. Se plantea entonces la cuestión de si la Comisión mantendrá su posición anterior. De hecho, como ya se ha dicho, la paz y la seguridad de la humanidad pueden verse afectadas por infracciones que no son necesariamente crímenes internacionales por naturaleza. Sin embargo, la Comisión, en su tercer período de sesiones, en 1951, determinó que no se ocuparía de tales infracciones y descartó, en otras, la piratería, la falsificación de moneda y los daños causados a los cables submarinos. El debate está abierto de nuevo. Los crímenes antes mencionados pueden convertirse en internacionales cuando son cometidos por un Estado o con la complicidad de éste, y algunos de ellos han cobrado importancia y amplitud tales que cabe preguntarse si no han pasado del ámbito interno al internacional y se han convertido en crímenes internacionales por naturaleza. Así ha sucedido, por ejemplo, con el secuestro de aeronaves. De todos modos, se observa que la distinción entre crímenes de derecho interno y crímenes de derecho internacional es relativa y a veces arbitraria. Volveremos a esa cuestión al examinar el método de codifica-

ción. Sea como fuere, de lo que se trata es de saber si la Comisión mantendrá, como en 1954, esa línea de separación.

2. DISTINCIÓN ENTRE CRÍMENES POLÍTICOS Y CRÍMENES DE DERECHO COMÚN

36. En el proyecto elaborado en 1954, la Comisión adoptó la postura de que la categoría de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad «debía limitarse a los delitos que contienen un elemento político y que ponen en peligro o perturban el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales»³⁵. Desde entonces, tal distinción entre crímenes de derecho común y crímenes políticos ha sido objeto de severas críticas. En primer lugar, a veces no es fácil distinguir la frontera entre lo «político» y lo «no político», y cuando ésta existe es inestable. Resulta difícil determinar la inspiración política de un acto. Los Estados, de acuerdo con su orientación filosófica, moral o ideológica, aprecian en forma diversa el carácter político de un acto y el móvil que lo inspira. Según un viejo proverbio francés, «lo que es verdad de este lado de los Pirineos es mentira del otro»; y Balzac recogía esa idea en una fórmula sobrecogedora y sarcástica: «El conspirador vencido es un bandido; el victorioso, un héroe.» Por lo demás, los errores de hoy son a veces las verdades de mañana. Los cementerios están llenos de víctimas de la ceguera y del fanatismo de sus contemporáneos. Asimismo, se ha hecho observar que es peligroso transponer una noción de derecho interno —la de delito político— al derecho internacional. En el derecho interno, el delito político se define como una acción dirigida contra la forma de un gobierno o el orden político de un Estado. En ese sentido, la represión sólo afectaría al orden interno de ese Estado.

37. Además, generalmente el elemento político es considerado un factor de atenuación y de humanización de las condiciones de detención y de trato de las personas culpables de crímenes políticos. Cierta filosofía, que aún está muy de moda, tiende a conferir a los delincuentes políticos una estatura de héroes o una aureola de mártires. Algunos países adoptan respecto de ellos una actitud de condescendencia que dificulta u obstaculiza la cooperación internacional en la represión de ese género de infracciones e impide toda posibilidad de extradición. Hoy en día, dada la división del mundo en distintos sistemas ideológicos y políticos, parece irrealizable una represión universal del crimen político. Carecería de sentido negar la verdad de tales afirmaciones, pero no es en ese ámbito en el que la posición de la Comisión parece ser más débil. En realidad, la mayoría de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son de inspiración política. El nazismo, que inspiró los nefandos crímenes de la segunda guerra mundial, era una doctrina política fundada en una ideología que afirmaba la superioridad de una raza y de una nación y la trascendencia de un Estado. La mayor parte de los crímenes de dimensión mundial se refugian tras una creencia y una fe para evitar cargos de conciencia. Por consi-

³³ Convenio N.º 29 aprobado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la OIT en su 14.º período de sesiones, OIT, *Convenios y recomendaciones, 1919-1966*, Ginebra, 1966, pág. 165.

³⁴ Convención firmada en Nueva York el 7 de marzo de 1966, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 660, pág. 241.

³⁵ Véase el informe de la Comisión sobre su tercer período de sesiones (*supra*, nota 27), pág. 13, párr. 58, apartado a.

guiente, el crimen político puede existir tanto en el orden interno como en el orden internacional. En todo caso, no todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad tienen forzosamente un contenido político. Si bien los atentados graves contra el medio humano pueden estar inspirados únicamente en el interés y basarse en móviles puramente egoístas, no por ello disminuye su condición de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad si, debido a su gravedad y alcance, vulneran un interés fundamental de la comunidad internacional. Asimismo, debe tenerse en cuenta que lo que más interesó a los autores del Estatuto del Tribunal de Nuremberg no fue el contenido político de las infracciones del caso sino su gravedad, su carácter aborrecible, su alcance y sus consecuencias para la comunidad internacional.

38. Sea como fuere, la Comisión debería dedicar una vez más su atención a este importante problema, a fin de determinar qué crímenes corresponden a la categoría de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y conforme a qué criterios cabe distinguirlos. El criterio político parece insuficiente. Ciertos crímenes políticos sólo afectan al orden interno, en tanto que determinados crímenes de derecho común, debido a la magnitud de sus consecuencias para la comunidad internacional, tienen que afectar al orden internacional. Por ejemplo, no cabe decir que el tráfico de estupefacientes, que actualmente suele estar organizado a escala mundial y perjudica la salud del hombre en general y no solamente la de los nacionales de un país determinado, no sea en ciertos casos un crimen internacional. Cuando está organizado con la complicidad de un Estado, puede convertirse en un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. No obstante, los móviles que lo inspiran son, en casi todos los casos, móviles de interés. Lo mismo sucede con la falsificación de moneda. No es inverosímil la hipótesis de que un estado organice la falsificación de moneda. La cuestión ya fue examinada en el Consejo de la Sociedad de las Naciones, el 10 de junio de 1926, en relación con el descubrimiento en Hungría de una empresa que fabricaba billetes franceses falsos de 1.000 francos. Muchos consideraron entonces que la fabricación de moneda falsa en esas circunstancias «forma parte de los medios [que] son absolutamente inadmisibles en las relaciones internacionales, y que, si vuelven a producirse hechos de este género, se encontrará un foro internacional» para reprobárselos³⁶. Ese suceso dio lugar a la firma del Convenio internacional de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de moneda³⁷, que apuntaba a la defensa internacional de las monedas más que a establecer una cooperación que permitiera a cada Estado defender su propia moneda. La alusión a un foro internacional era, por otra parte, significativa.

³⁶ Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, VII^e année, N.º 7, julio de 1926. *Procès-verbal de la quarantième session du Conseil* (7-10 de junio de 1926), cuarta sesión (pública), pág. 871, en especial pág. 873.

³⁷ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXII, pág. 371.

39. De lo que antecede se desprende que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad pueden ser de inspiración política o puramente egoísta y que el criterio para definirlos debe buscarse en otra parte. Es muy probable que la Comisión tenga que buscar ese criterio en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados³⁸. Con arreglo al párrafo 2 de ese artículo, los crímenes internacionales resultan de la violación de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto. Los adjetivos «esencial» y «fundamentales» definen una escala de gravedad de la infracción internacional, gravedad que, en sí misma, deriva de un criterio objetivo y de otro subjetivo.

40. El criterio objetivo es un interés fundamental de la comunidad internacional. El subjetivo es la apreciación que la propia comunidad internacional hace de la infracción. Es el elemento subjetivo, es decir, la apreciación que la comunidad internacional hace de la infracción, la manera en que la siente, lo que hace que ésta pase del ámbito interno al internacional y la convierte en un crimen de derecho internacional. En realidad, lo mismo sucede incluso en las legislaciones penales nacionales. Es la gravedad que la conciencia colectiva, en el seno de la comunidad nacional, atribuye a una infracción lo que hace que ésta sea un crimen o un delito y la ley se limita a consagrar, *a posteriori*, ese elemento subjetivo.

41. Ahora bien, el artículo 19 define el crimen internacional en su conjunto, pero no define el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, noción que tiene su especificidad propia. El Relator Especial se concentrará en el análisis de esa noción más adelante en el presente informe. En todo caso, por las explicaciones precedentes vemos cuán difícil resulta delimitar este tema. Hoy en día parecerá que forma parte de la codificación tal o cual materia que, en 1954, no era pertinente a ella. El paso del orden interno al orden internacional se da en forma casi imperceptible, frecuentemente por efecto del *ius cogens*. También suelen transferirse actividades del ámbito interno al ámbito internacional debido a la intervención de los Estados en un número cada vez mayor de esferas. Por otra parte, como se verá, la complejidad misma de la noción de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y la variedad de sus orígenes dificultan todo intento de delimitar el tema.

B.—Los sujetos de derecho

42. Es interesante saber a qué sujetos de derecho puede imputarse una responsabilidad penal internacional. La Comisión había decidido no incluir en la codificación más que a los individuos, excluyendo de su campo de investigación el problema de la responsabilidad penal de otras entidades jurídicas, como los Estados. De esa manera se situaba en la perspectiva del Tribunal de Nuremberg, según el cual son los hombres, y

³⁸ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

no las entidades abstractas, quienes cometen crímenes cuya represión se impone como sanción de derecho internacional.

43. La cuestión se presta a un debate teórico interesante. Observemos en primer lugar que el problema se plantea en términos diferentes en materia civil y en materia penal. En tanto que en materia civil el sujeto de derecho, en el plano internacional, es el Estado, en materia penal el sujeto de derecho internacional es el individuo. Tal inversión dio pie a un apasionante intercambio de opiniones en la Sexta Comisión cuando ésta examinó el principio I de Nuremberg determinado por la CDI³⁹. Algunos habían querido ver en el principio I, según el cual todo autor de un acto que constituya un crimen internacional será responsable de él y merecedor de castigo, la consagración del individuo como sujeto de derecho internacional. Otros, en cambio, consideraban que la personalidad jurídica del individuo debía circunscribirse al derecho penal internacional, en el que, por otra parte, su presencia se justifica únicamente por el hecho de que en el derecho penal sólo se admite la existencia de responsabilidad en el caso de personas conscientes. Se trata de una excepción derivada del carácter propio del derecho penal, pese a la cual se mantiene la regla de que el Estado es el sujeto primordial del derecho internacional público. Las convenciones que han establecido relaciones directas entre el individuo y el derecho internacional siguen constituyendo excepciones. A decir verdad, el problema del individuo sujeto de derecho internacional rebasa el alcance de este estudio, que se limita al derecho penal internacional. Lo único que nos interesa aquí es saber si se puede someter a las personas jurídicas a una jurisdicción penal internacional. Esas personas jurídicas pueden ser grupos, asociaciones o Estados. A pesar de la posición adoptada por el Tribunal de Nuremberg, no hay unanimidad en la doctrina sobre esta cuestión. Se registra una tendencia cada vez más fuerte en el sentido contrario, y según la cual no es posible seguir desestimando la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

44. El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se plantea no sólo en el derecho internacional sino también en el derecho interno. Actualmente, en el derecho de ciertos países se considera que se puede someter a juicio a sociedades comerciales por infracciones penales, en particular por delitos económicos, e imponerles penas pecuniarias. La propia Comisión, en su proyecto de codificación de la responsabilidad de los Estados, ha aprobado el artículo 19 antes citado (*supra*, párr. 39), cuyo párrafo 2 se refiere a los crímenes internacionales. En ese artículo se enumeran distintas infracciones consideradas como crímenes internacionales: la agresión, el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial como la esclavitud, el genocidio, el *apartheid* y las violaciones que socaven la salvaguardia y la protección del medio humano. Además, la enumeración no es taxativa sino enunciativa. La

presencia de ese artículo en el proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados hace que se reanude el debate. En efecto, se plantea la cuestión de si la posición de la Comisión, que en su proyecto de 1954 consistía en no incluir a los Estados en el ámbito de la codificación, puede mantenerse hoy en día. De no ser así, la Comisión se verá obligada a modificar notablemente el proyecto de 1954, con lo que además se pondría término a un prolongado debate teórico, sin duda muy interesante pero aparentemente interminable, entre los defensores y los adversarios de la responsabilidad penal de los Estados.

45. En su obra *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Pella preveía ya la posibilidad de que entidades jurídicas tan altas como los Estados comparecieran ante una jurisdicción criminal⁴⁰. La noción del Estado criminal, apenas concebible a principios de siglo, ha cobrado, gracias a las pacientes investigaciones y a la obstinación de Pella, un interés cada vez mayor. La necesidad de la responsabilidad penal del Estado estaría justificada por el hecho de que las medidas de coerción que entrañan el empleo de la fuerza, aunque necesarias a veces, por ejemplo para poner término a una agresión, no se consideran actos de justicia. El Estado agresor pensará siempre que ha cedido ante la fuerza y no ante el derecho. No se considerará culpable sino vencido. Así pues, la responsabilidad penal del Estado introduce un elemento moral fundamental, por cuanto obliga al Estado culpable a tomar conciencia de la falta cometida respecto de la comunidad internacional. Por otra parte, según el mismo autor, los Estados no son simple ficciones. Basándose en las teorías, harto conocidas, de la psicología y la voluntad colectivas, según las cuales todo grupo humano posee sentimientos, reflejos y una voluntad distintos de los de sus miembros, Pella ha encontrado en tales elementos un fundamento de la teoría de la responsabilidad penal del Estado que radica en la voluntad colectiva de la nación. A juicio del autor, ésta se expresa por medio de sus órganos constitucionales, en particular en las decisiones trascendentales, como la declaración de guerra. Alzándose contra el aforismo de Napoleón según el cual los crímenes colectivos no comprometen a nadie, Pella considera que la responsabilidad penal del Estado hace que se cierna sobre cada individuo la amenaza de una sanción que puede contribuir a que disminuya la criminalidad internacional. La tesis del Estado criminal ha gozado, hay que reconocerlo, de un interés creciente, pero no por ello resulta más fácil ponerla en práctica. Aparte de las decisiones que pueden tomarse de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que de hecho no son sanciones penales propiamente dichas sino medidas, es difícil imponer una obligación a un Estado. Lograr que un Estado comparezca ante una jurisdicción penal internacional, a menos, claro está, que haya sido vencido, parece irrealizable. La Comisión tendrá que pronunciarse una vez más sobre este importante problema y

³⁹ Véase el informe de la Comisión sobre su segundo período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/1316)*, pág. 11, «Formulación de los principios de Nuremberg».

⁴⁰ *Op. cit.* Véase también, del mismo autor, «La responsabilité pénale des personnes morales», *Actes du deuxième Congrès international de droit pénal* (Bucarest, octubre de 1929), París, Godde, 1930, pág. 582.

decir si tiene la intención de lanzarse a esa maravillosa aventura, que raya en la fantasía científica, por lo menos en el estado actual del orden mundial. Conseguir que el Estado baje del elevado pedestal en que se encuentra, como las divinidades de antaño, para convertirlo en una criatura susceptible de cometer faltas y errores, y asignarle un derrotero y una ética par que se atenga a ellos so pena de sufrir sanciones aflictivas, supone, sin lugar a dudas, una total subversión de las ideas y conceptos que han imperado hasta el presente.

46. A veces se ha creído percibir en el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg el esbozo de una responsabilidad penal de las organizaciones criminales consideradas como grupos, es decir, como personas jurídicas. El 16 de mayo 1945, la Comisión de las Naciones Unidas para la persecución de los criminales de guerra adoptó por unanimidad la recomendación C.105 (1), en cuyo párrafo *b* se recomendaba a los gobiernos que «sometieran a juicio colectivo o individual a todos aquellos que, formando parte de esas bandas de criminales, han participado de alguna manera en la ejecución de los crímenes cometidos colectivamente por grupos, formaciones o unidades»⁴¹. Por influjo de esa recomendación se redactó el estatuto del Tribunal de Nuremberg⁴², en particular el artículo 6, en el que se disponía que la jurisdicción internacional podía juzgar a los grandes criminales de guerra como personas acusadas individualmente o en su calidad de miembros de organizaciones. De ahí a considerar que las organizaciones criminales podían ser sometidas a la jurisdicción penal sólo había un paso. Habría sido peligroso darlo. La lectura de los artículos 9 y 10 resulta bastante edificante y permite darse cuenta de que el estatuto del Tribunal Militar Internacional no se propuso en modo alguno consagrar la responsabilidad penal de las organizaciones criminales como personas jurídicas. De hecho, tales artículos no hacían sino autorizar al alto Tribunal a declarar criminal una organización determinada. Esa declaración de criminalidad debía anteceder a la instrucción de todo proceso judicial contra los miembros de la organización por parte de las jurisdicciones nacionales. Seis organizaciones nacionalsocialistas fueron declaradas criminales en el curso de un proceso que se desarrolló en forma separada de los autos instruidos contra los inculpados. La declaración de criminalidad era solamente una medida previa, una condición necesaria para iniciar los procesos individuales contra los miembros. Por consiguiente, no cabe deducir de la simple existencia de los textos antedichos la menor tendencia a reconocer la responsabilidad internacional penal de las personas jurídicas. No obstante, las polémicas no se han desenconado desde Nuremberg. Aun la dificultad de imponer a un Estado una pena aflictiva no hace retroceder a los defensores de la responsabilidad de las personas jurídicas. Estos aducen que es posible imponer a las personas jurídicas sanciones adaptadas a su naturaleza: advertencias, multas, etc. Respecto de los Estados, se puede ordenar

el desmantelamiento de las fábricas de material bélico. Además, se les puede aplicar una especie de *capitis diminutio* que reduzca su capacidad jurídica privándoles, por ejemplo, del derecho de fabricar determinados tipos de armamentos. Hasta la fecha no existe ningún precedente judicial que ordene tales medidas. El Tribunal de Nuremberg no se constituyó para juzgar a Estados. Las decisiones adoptadas en ese sentido lo fueron por los gobiernos de los Estados vencedores y no por las jurisdicciones de éstos.

47. En la distinción entre penas y sanciones radica, indudablemente, un problema difícil. Sólo cabe hablar de penas si son el resultado de una decisión jurisdiccional; la sanción, en cambio, puede dimanar de un acto no jurisdiccional. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que actualmente se manifiesta una tendencia a preferir las expresiones «medidas» o «contramedidas» para calificar los actos decididos por un Estado o una organización internacional en respuesta a actos que pueden causar perjuicios o para prevenirlos. Para ciertos autores, tal distinción procede de un ejercicio intelectual sin consecuencias prácticas. En una ponencia presentada al primer Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en 1926, Donnedieu de Vabres señalaba:

[...] Las penas [dictadas contra el Estado] no se distinguirán por su naturaleza de las medidas económicas, financieras o militares previstas en el artículo 16 del Pacto [de la Sociedad de las Naciones] como medio de coerción. [...]»⁴³.

Haciendo suya esa opinión, el jurista suizo Jean Graven escribía⁴⁴:

Una sanción, aunque se la denomine «pena» o «medidas», no deja de ser una sanción; no es su nombre lo que importa, sino ella misma. La sanción puede prevenir y corregir, ser tangible y hacer expiar, intimidar o proteger, servir de ejemplo, multar e impedir la repetición del crimen; tanto mejor si tiene todas esas consecuencias. Pero, ¿es realmente necesario querer decretar a toda costa que, bautizada con el nombre de «pena», tenga determinados efectos, y otros distintos si se la llama «medida» y única y exclusivamente esos efectos?

[...]

Las sanciones contra el Estado, ya sean diplomáticas, políticas, económicas o militares, son numerosas; el Estado que tiene una multitud de bienes y de privilegios materiales, territoriales y jurídicos puede recibir un castigo que afecte sensiblemente a todos esos bienes, desde la ruptura de las relaciones diplomáticas hasta el secuestro de bienes, la destrucción de instalaciones y el desmantelamiento de fábricas, desde el bloqueo, el boicoteo y el embargo hasta la imposición de fuertes multas o imposiciones y la incautación de valores, y desde el desembarque forzado hasta la ocupación militar [...].

Ahora bien, pese a la opinión del gran jurista, nos vemos forzados a admitir que las penas y las medidas, si bien suelen tener el mismo resultado, no son de la misma naturaleza ni tienen la misma base jurídica. Además, las medidas pueden ser preventivas, en tanto que las penas se imponen *a posteriori*.

⁴³ Premier Congrès international de droit pénal (Bruxelles, 26-29 juillet 1926), Actes du Congrès, París, Godde, 1927, pág. 408.

⁴⁴ Respuesta al cuestionario de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Asociación Internacional de Abogados (noviembre de 1949). Véase también «Principes fondamentaux d'un code répressif des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (A. Sottile), Ginebra, 28.º año, 1950, págs. 381 y 382.

⁴¹ Véase *History of the United Nations War Crimes Commission...* (op. cit.), pág. 296.

⁴² Véase *supra*, nota 25.

48. De todos modos, la Comisión tendrá que armonizar sus posiciones y hacer que su proyecto de código de 1954 sobre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad concuerde con el artículo 19 de la primera

parte de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Parece llegado el momento de exponer unas breves consideraciones sobre el método que se ha de seguir para la elaboración del proyecto.

CAPÍTULO III

Metodología de la codificación

49. Lo primero que se observa al examinar el proyecto de código preparado en 1954 por la Comisión es la ausencia de una parte general, salvo la disposición de que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional. La Comisión tuvo la precaución de no determinar un criterio que permitiera distinguir el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad en el amplio conjunto de los crímenes de derecho internacional. Además, no se enuncia ningún principio general del derecho penal, como, por ejemplo, la regla *nulla poena sine lege*, la teoría de los hechos justificativos (legítima defensa o participación en una acción recomendada o decidida por las Naciones Unidas) o la teoría de las circunstancias atenuantes. Indudablemente, la Comisión tenía el legítimo derecho de considerar que ciertos principios generales del derecho forman hoy en día parte integrante del derecho internacional público general.

50. Sin embargo, respecto del principio *nulla poena sine lege*, los móviles de la Comisión no parecen haber sido tan simples. Esta había afirmado primero tal principio en un artículo 5 del proyecto con el texto 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 delito⁴⁵.

Más adelante, la Comisión suprimió ese artículo y dejó el examen de la cuestión de las penas para una etapa ulterior, concretamente para cuando considerara la jurisdicción penal. No obstante, hay que tener en cuenta que esa decisión confiere al proyecto un cariz bastante curioso. Se presenta como un catálogo, una simple enumeración de crímenes, sin ningún carácter operacional. Un código penal que no mencionara sanciones sería tan inútil para la sociedad contemporánea como las momias faraónicas. El principio *nulla poena sine lege* lo haría inaplicable. Dicho principio, reafirmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (art. 11, párr. 2), constituye una de las bases fundamentales de la justicia penal⁴⁶. Sirvió de fundamento para que las autoridades holandesas se negaran a entregar al ex emperador Guillermo II a la justicia de los Aliados después de la primera guerra mundial y para que se formularan ciertas críticas respecto de la senten-

cia del Tribunal de Nuremberg. Jean-André Roux, consejero honorario del Tribunal de Casación francés, escribió:

[...] la máxima *nulla poena sine lege*, que ciertos autores de gran importancia parecen haber descartado sin mayor problema [...], debe, por el contrario, regir el derecho penal entre las naciones del mismo modo que impera en el derecho penal nacional. Cuanto mayor entidad tenga el delincuente sobre el cual penda la amenaza de un proceso judicial, tanto más precisas deben ser las condiciones que regulen su responsabilidad y determinen las sanciones correspondientes. [...] ⁴⁷.

Indudablemente, la aplicación del principio *nulla poena sine lege* en el ámbito del derecho internacional parece delicada debido a la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales. Sin embargo, dado que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad forman parte de las infracciones más aborrecibles y monstruosas, no debería ser difícil sancionarlos con las penas más severas previstas por las legislaciones nacionales.

51. En cuanto a la legítima defensa, se trata de una noción consagrada por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que invoca «el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva». Desde luego, tenemos presentes las múltiples polémicas a que da lugar la legítima defensa en cuanto al propio concepto y en cuanto a las dificultades que plantea determinarla en cada caso concreto. La propia Comisión no se ha aventurado a dar una definición en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁴⁸ debido a las controversias que origina esta figura jurídica. Se ha limitado a comprobar la existencia de esa norma primaria tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en el derecho internacional consuetudinario. No obstante, se plantea el problema de si no correspondía incluir en un proyecto de código penal los conceptos que se han mencionado. Sin duda, como acaba de decirse, el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados contiene disposiciones relativas a las circunstancias que excluyen la ilicitud de un hecho internacionalmente ilícito pero no debe olvidarse que ese proyecto está enmarcado, en forma más general, en el ámbito de la responsabilidad civil, en tanto que el nuestro lo está en el de la responsabilidad penal, aunque ambas nociones tengan muchas veces el mismo origen delictual. De todas formas, corresponde-

⁴⁵ Véase el informe de la Comisión sobre su tercer período de sesiones (*supra*, nota 27), pág. 17.

⁴⁶ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

⁴⁷ Véase Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (*op. cit.*), pág. cxxxii, «enquête internationale».

⁴⁸ Véase art. 30 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados y comentario al mismo, *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 138 y ss.

rá a la Comisión decidir si ha de atenerse a su primer método o si, por el contrario, se propone ahora determinar un criterio y evocar los principios generales del derecho penal en algunos artículos preliminares.

52. La enunciación de un criterio tendría otra ventaja. Tal vez permitiría vincular la enumeración propuesta a un tronco común, a un hilo conductor, de tal forma que pudiera percibirse claramente el carácter no taxativo y provisional de la enumeración propuesta. Como antes se dijo, el paso de un hecho de lo no criminal a lo criminal suele darse imperceptiblemente, y ciertas prácticas y usos que durante mucho tiempo se consideraron intangibles ya se han convertido en antiguallas. No hace tanto tiempo que ciertos autores serios, e incluso eclesiásticos, legitimaban en sus obras el derecho de colonización⁴⁹ y que el derecho colonial era uno de los temas clásicos en los programas de las universidades. Por lo tanto, toda enumeración de los crímenes internacionales debe dejar entrever su carácter provisional y contingente. Sin ir más lejos, entre Nuremberg y 1954, fecha del último proyecto de la Comisión, se observaron notables cambios, y se han producido otros desde 1954 hasta el presente. En 1947, cuando la Comisión recibió el encargo de determinar los principios contenidos en el estatuto del Tribunal de Nuremberg y en el fallo dictado por éste, indagó en el marco del principio VI las infracciones que por aquel entonces se consideraban como crímenes de derecho internacional⁵⁰. Se trataba principalmente de la agresión y de la preparación de la agresión, de la violación de las leyes y costumbres de la guerra y de los crímenes contra la humanidad, pero sólo «cuando éstos se cometían a raíz de un crimen contra la paz o de un crimen de guerra, o en relación con tales crímenes».

53. En 1954, la Comisión ya había ampliado notablemente la lista de los crímenes enunciados y además había suprimido el vínculo necesario entre los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra contra la humanidad, condición que se exigía para que éstos pudiesen considerarse como infracciones. Por consiguiente, en 1954 se determinaron y consagraron nuevos crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Se trataba de:

a) Las actividades realizadas por bandas armadas en el territorio de otro Estado, organizadas, alentadas o toleradas por las autoridades de otro Estado;

b) Las actividades tendientes a fomentar la guerra civil en otro Estado, cuando fueran emprendidas, alentadas o toleradas por las autoridades de otro Estado;

c) Las actividades terroristas, cuando fueran emprendidas, alentadas o toleradas por las autoridades de un Estado con el fin de perpetrar actos terroristas en el territorio de otro Estado;

d) Los actos cometidos por las autoridades de un Estado en violación de obligaciones derivadas de un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales mediante el establecimiento de restricciones o

limitaciones respecto de los armamentos, la preparación militar o las fortificaciones, o de otras restricciones de la misma naturaleza;

e) La anexión, en violación del derecho internacional, del territorio de un Estado por parte de las autoridades de otro Estado;

f) La injerencia en los asuntos internos y externos de un Estado por medio de medidas coercitivas de índole económica o política encaminadas a forzar su decisión o a obtener ventajas de cualquier naturaleza;

g) Los actos cometidos por las autoridades de un Estado o por particulares con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto tal.

54. Esta lista, preparada en 1954 y separada de la derivada del estatuto de Nuremberg, ¿es hoy en día satisfactoria? ¿Puede considerársela exhaustiva, habida cuenta de los principios generales del derecho internacional y del estado actual de la conciencia universal? Por el contrario, ¿no sería necesario ampliar el ámbito de nuestras investigaciones? No parece que quepan dudas sobre la respuesta. Como anteriormente se dijo, durante los últimos 25 años la comunidad internacional ha cobrado conciencia de varios imperativos que han pasado a ser categóricos y que están enunciados en resoluciones de las Naciones Unidas. Hablábamos, por ejemplo, de la descolonización. Del mismo modo, surgió la necesidad de proteger la soberanía de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales. Igualmente, la utilización incontrolada de medios y técnicas modernos para las necesidades de la investigación expone a la humanidad a graves peligros. Por esa razón, los problemas del medio ambiente han cobrado una dimensión nueva y se han convertido en asuntos pertinentes al orden público internacional. Por otra parte, los problemas de la segregación racial han entrado en el ámbito de la codificación. Dicho ámbito se comporta como un campo magnético por la fuerza de atracción que ejerce sobre todo lo que puede contaminar el medio ambiente o perturbar el orden público internacional. Así pues, el paso de lo lícito a lo ilícito se da cada vez más por efecto de esta fuerza de atracción.

55. Evidentemente, en nuestra materia, de carácter penal, no bastaría con enunciar una regla general. El principio *nullum crimen sine lege* requiere que los actos ilícitos sean definidos y tipificados expresamente para ser reprobables desde el punto de vista penal. No es casualidad que se haya subordinado el examen del proyecto de 1954 a una definición previa de la agresión. Mas, por otra parte, no parece satisfactorio enumerar hechos criminales sin vincularlos a un principio común. Se podría caer en la tentación de considerar tal enumeración como una lista taxativa, *ne varietur*, cuando, de hecho, nos movemos en una esfera singularmente evolutiva. Desde 1954, muchas materias han sido objeto de declaraciones o de convenciones particulares que las regulan y limitan las actividades de los hombres y de los Estados. A veces se ha puesto en duda la necesidad de incluir tales materias en el proyecto actual, aduciendo que, en ese caso, el código sería una duplicación de esas convenciones. Ya

⁴⁹ J. Folliet, *Le droit de colonisation : étude de morale sociale et internationale*, París, Bloud et Gay, 1933.

⁵⁰ Véase *supra*, nota 39.

la Comisión examinará este punto. Si admite que todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad deben entrar en el ámbito abarcado por nuestra materia, cualquiera que sea su origen (*jus cogens*, convención, costumbre), será preciso volver a examinar las convenciones pertinentes y sacar de ellas las lecciones que puedan darnos para la presente codificación. A ello se añade la consideración de que ciertas convenciones no prevén sanciones penales para los hechos que tipifican o los reprimen muy débilmente. Tal es el caso del Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, celebrado en Tokio el 14 de septiembre de 1963⁵¹, y si bien en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, celebrado en La Haya el 16 de diciembre de 1970⁵², se tipifican tales infracciones, no se prevé en ella ninguna sanción penal, cuestión que queda librada a los Estados. La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano (Declaración de Estocolmo)⁵³ es un código de conducta en que sólo se definen obligaciones de comportamiento y ninguna convención acompañada de una sanción regula la materia. Cabría citar múltiples ejemplos.

56. Asimismo, hay que tener en cuenta que ciertas materias reguladas en convenciones y que en 1954 no se incluyeron en la codificación se considerarían hoy en día pertinentes a ésta a la luz de un nuevo examen. En 1950, la Comisión determinó que la piratería no era un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero ¿qué puede pensarse, por ejemplo, de la captura de aeronaves que acaba de mencionarse? Semejante infracción, denominada tal vez impropriamente «piratería aérea», no tiene móviles de lucro o provecho personal y suele basarse en consideraciones puramente políticas. Cuando la captura es obra de particulares que actúan con el estímulo o la complicidad de un Estado, nos hallamos ante un acto que, según su amplitud y sus consecuencias, puede poner en peligro la paz y la seguridad de la humanidad, y el Relator Especial opina que tal infracción, independientemente de las convenciones que la regulen, debería considerarse un crimen de derecho internacional, es decir, una infracción que, por su naturaleza, queda comprendida en el ámbito de ese derecho. Naturalmente, se trata de una situación compleja en la que concurren dos actos distintos: el propio acto perjudicial, la captura de aeronaves, sancionado por el Convenio de La Haya de 16 de diciembre de 1970, y el hecho ilícito de un Estado que compromete su responsabilidad civil al perjudicar a otro Estado. No obstante, el problema de la responsabilidad penal del Estado, como autor del

acto ilícito, podría considerarse igualmente desde el punto de vista de la complicidad en un crimen de derecho internacional. Una situación semejante puede poner en peligro la paz y la seguridad de la humanidad.

57. Nos hallamos ahora en esa zona gris en que el carácter de las infracciones no es claro y en que el paso del orden interno al orden internacional es casi imperceptible. En tales condiciones, la tarea de determinar un criterio que permita definir el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad se torna peligrosa. Si, como se ha dicho, la Comisión mantiene la posición que adoptó en 1954, la labor será menos ardua: es crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad todo aquel que, por su naturaleza, corresponda al derecho internacional al atacar contra un elevado principio de la civilización humana. Si, por el contrario, la Comisión entiende por crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no solamente los crímenes internacionales por naturaleza, sino también los que son pertinentes al derecho internacional por efecto de una *convención*, su tarea será de mucho mayor envergadura, y no digamos nada si la Comisión quiere tener en cuenta todos los casos en que un Estado es autor o cómplice de un crimen internacional. Efectivamente, de ser así habría que pasar revista a todo el derecho internacional penal, ya que todo crimen puede convertirse en crimen internacional por el hecho de que un Estado participe en su perpetración. Como señaló el Decano Malaurie en el prefacio del excelente manual de Claude Lombois, «no hay delitos que sean internos por su naturaleza, todos pueden llegar a ser internacionales tan pronto como se manifieste un elemento foráneo»⁵⁴. En todo caso, sin ir tan lejos, la Comisión examinará la oportunidad de incluir o no en la codificación todo ese ámbito convencional en que los crímenes son internacionales no por su naturaleza, sino por la voluntad de los Estados. Si no considera oportuno hacerlo, mantendrá la posición que adoptó en 1954 y se simplificará el debate.

58. En todo caso, se observa que la amplitud del ámbito de aplicación depende del criterio escogido. Los criterios posibles para determinar qué es un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad son los siguientes: a) un criterio estricto, el crimen internacional por naturaleza; b) un criterio más amplio, todo crimen internacional por naturaleza o por efecto de una convención; c) un criterio todavía más amplio, por el que se agregaría a esas dos categorías todo crimen en que hubiera participado un Estado. Sea como fuere, al parecer debería incluirse en el proyecto de código, a modo de introducción, una parte general en la que, de ser posible, se indicara el criterio elegido para la codificación con el fin de poder delimitar mejor el tema.

⁵¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 704, pág. 242.

⁵² *Ibid.*, vol. 860, pág. 123.

⁵³ Véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14), cap. I.

⁵⁴ C. Lombois, *Droit pénal international*, 2.ª ed., París, Dalloz, 1979, pág. v.

CAPÍTULO IV

Preparación del código

59. Los problemas relativos a un código penal internacional y a una jurisdicción internacional están íntimamente vinculados. Se trata de una correlación en la cual ningún elemento puede avanzar independientemente del otro. No obstante, la Comisión había estimado que debía ocuparse, en una primera etapa, de las infracciones, y dejar el problema de las sanciones para una etapa ulterior. Por ello, finalmente suprimió de su proyecto de código de 1954 el artículo 5 relativo a la norma *nulla poena sine lege* (véase *supra*, párr. 50), considerando que esa norma estaba vinculada a la aplicación de la pena y por lo tanto a la existencia de una jurisdicción internacional. Sin embargo, la aplicación de la pena supone asimismo la existencia de una escala de penas, problema que ya hemos mencionado.

60. La Comisión tenía varias opciones: podía establecer por sí misma las penas aplicables a cada delito; como en el caso de Nuremberg, dejar librada esa tarea al magistrado; por último, hacer remisión a una ley nacional. El debate sigue abierto. Ahora bien, en todos los casos es necesario que haya una jurisdicción. La creación de una jurisdicción penal internacional es la cuestión más delicada. No se trata de que no sea concebible en teoría. La propia Comisión, en respuesta a una pregunta formulada por la Asamblea General⁵⁵, había declarado que era posible y conveniente crear tal jurisdicción⁵⁶. En realidad, se han elaborado muchos proyectos en ese sentido, que hemos mencionado al hacer una reseña de la codificación. Siempre ha habido controversia entre realistas e idealistas en cuanto a la posibilidad concreta de hacer funcionar una jurisdicción de ese tipo, de hacerla eficiente. Pella señalaba en la *Revue générale de droit international public* que:

Desde hace un cuarto de siglo se afirma que elaborar un código penal internacional y negarse a crear la jurisdicción encargada de aplicarlo equivale a formular normas de derecho internacional partiendo de la idea de que su aplicación es función de la suerte cambiante de las armas y no de elementos estables consistentes en una organización preexistente y permanente de justicia internacional⁵⁷.

Georges Scelle, Presidente de la Comisión en su segundo período de sesiones, señalaba, en junio de 1950:

[...] Si no se crea ese órgano, ¿de qué [serviría] la definición de los principios de Nuremberg [...]? Al crear previamente un órgano internacional, se abre la posibilidad de que se establezca una verdadera Corte de justicia internacional, capaz de juzgar a todos los criminales de guerra, fuera cual fuere el partido a que pertenezcan [...]»⁵⁸.

A raíz de esta intervención, la Comisión decidió responder afirmativamente a la pregunta formulada. La Comi-

sión, cuando hubo examinado los informes de R. J. Alfaro⁵⁹ y A. E. F. Sandström⁶⁰, llegó a proponer incluso que se creara una jurisdicción independiente y no una división de una jurisdicción preexistente⁶¹.

61. Luego, la Asamblea General, por su resolución 489 (V), de 12 de diciembre de 1950, decidió crear una Comisión, en la que estarían representados 17 Estados Miembros, a fin de formular «propuestas referentes a la creación y al estatuto de una corte penal internacional». La base de los trabajos de esa Comisión de los 17 debía estar constituida por uno o más anteproyectos preparados por el Secretario General. La Comisión se pronunció, el 31 de agosto de 1951, en favor de un proyecto de creación de una corte penal internacional⁶². El proyecto fue transmitido a los gobiernos, pero pocos formularon observaciones.

62. Una nueva Comisión creada con los mismos fines en 1952⁶³ tuvo como mandato examinar nuevamente el proyecto preparado en 1950, señalando las consecuencias de éste y estableciendo al mismo tiempo las relaciones de la eventual corte con los órganos de las Naciones Unidas⁶⁴. Tras muchas peripecias, la Asamblea General decidió por último, en 1954, suspender el examen del proyecto, en espera del informe de otro órgano, el que estaba encargado de la cuestión de la definición de la agresión⁶⁵. La Asamblea hacía así de la definición de la agresión una condición previa al código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. La cuestión se volvió a examinar en 1974, año en que se presentó a la Asamblea un proyecto de definición de la agresión⁶⁶; sin embargo, fue remitida una vez más a la Sexta Comisión, por estar vinculada a la cuestión de un código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

⁵⁹ A/CN.4/15.

⁶⁰ A/CN.4/20.

⁶¹ Véase A/CN.4/SR.44 y el informe de la Comisión sobre su segundo período de sesiones (*supra*, nota 39), pág. 17, párrs. 141 a 145.

⁶² Véase «Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional sobre el período de sesiones celebrado entre el 1.º y el 31 de agosto de 1951» [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, séptimo período de sesiones, Suplemento N.º 11 (A/2136)*, anexo I, «Proyecto de estatuto para una corte penal internacional».]

⁶³ Resolución 687 (VII) de la Asamblea General, de 5 de diciembre de 1952.

⁶⁴ Véase «Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional (1953), 27 de julio-20 de agosto de 1953» [*ibid.*, *noveno período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/2645)*].

⁶⁵ Resolución 898 (IX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1954.

⁶⁶ Véase «Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la definición de la agresión, 11 de marzo a 12 de abril de 1974» [*ibid.*, *vigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 19 (A/9619)*]. La Definición de la agresión [resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1974, anexo] fue aprobada sobre la base de ese informe.

⁵⁵ Resolución 260 B (III) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1948.

⁵⁶ Véase el informe de la Comisión sobre su segundo período de sesiones (*supra*, nota 39), pág. 17, párr. 40.

⁵⁷ Pella, «La codification du droit pénal international», *Revue générale de droit international public*, Paris, t. LVI, 1952, pág. 415.

⁵⁸ A/CN.4/SR.43, pág. 13.

63. Cabía así preguntarse si era posible salir de ese círculo vicioso, dado que el examen de cada uno de los dos proyectos estaba vinculado al examen del otro. Por ese motivo, parecería oportuno considerar si no convendría que la Comisión elaborase un proyecto de jurisdicción internacional como complemento necesario e indispensable del proyecto de código. La Comisión podría recabar la opinión de la Asamblea General sobre el particular. Cabe señalar, no obstante, que la suerte que esté reservada al proyecto de creación de una corte penal internacional depende asimismo del escepticismo de muchas personas y, sin duda, de la realidad internacional de hoy en día. Ese escepticismo ha sido expresado recientemente en una fórmula lapidaria, imbuida de una ironía implacable, según la cual «Un tribunal internacional como el de Nuremberg tiene más de magia del teatro que de instrumento jurídico realmente útil»⁶⁷. Los autores de esa afirmación van incluso más lejos, ya que consideran realmente vano cualquier intento de enjuiciamiento por delitos internacionales y que las medidas preventivas y, *a posteriori*, las medidas de reparación son más indicadas que la represión. A su juicio, «los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad o la paz tienen una autoridad de hecho consumado que hace muy vano toda condena [...]» y, para no desempeñar el papel de médico después de la muerte, hay que tratar de prevenir más que curar. Sorprende ver que se rechace tan de plano una jurisdicción penal internacional. Sin embargo, esa opinión expresa la sensación de impotencia que afecta a muchos y enfría el entusiasmo. Se menciona asimismo el carácter poco ejemplar de las penas que impondría esa jurisdicción, «incluso acompañadas de un ceremonial internacional» y por más que, en el momento en que se pronuncien, sirvan de «exorcismo satisfactorio para una opinión pública traumatizada».

64. Sin llegar a esos excesos, algunos autores mencionan la falta de una fuerza coercitiva internacional, pero los partidarios de la jurisdicción internacional se refieren a los Artículos 94 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas, uno relativo a la ejecución de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y el otro, a las medidas previstas en el Capítulo VII de la Carta. Se ha señalado asimismo la imposibilidad de lograr la entrega de los culpables por el Estado a que pertenecen, a menos que éste haya sido vencido.

65. Por último, se ha aducido que la creación de una corte penal internacional sería incompatible con el principio de la soberanía de los Estados y de su corolario, la territorialidad de la ley penal. Se trata, como hemos visto, del argumento más débil. En efecto, se admite hoy que existe un ordenamiento internacional y que hay delitos de derecho internacional. La definición y represión de esos delitos no incumben a la soberanía de los Estados sino al ordenamiento internacional. Además, en la situación actual, la creación de esa jurisdicción está vinculada, evidentemente, a convenciones en las cuales los Estados serían necesariamente partes.

66. En cuanto al principio de la territorialidad de la ley penal, éste es objeto hoy día de excepciones debidas a la necesidad de la cooperación internacional para la represión del bandolerismo. A ese respecto se invocan a veces la teoría de la personalidad activa o pasiva de la ley penal y la teoría de la protección real, bien para que un Estado pueda aplicar su propia ley a las infracciones cometidas por sus ciudadanos en el extranjero, bien para protegerlos cuando son víctimas de infracciones cometidas en el extranjero, bien para aplicar su propia ley a las infracciones que lo afectan, dejando de lado toda consideración de *lex loci delicti commissi* o de la ley personal del autor. Se ha aplicado incluso el principio de la universalidad cuando una infracción, por su amplitud, pone en peligro los intereses materiales y morales de la humanidad. En ese principio se basaba el estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg. Evidentemente, todo es cuestión de grado, pero el principio de la soberanía del Estado es completamente compatible con la existencia de un orden internacional, fundamento de un derecho penal internacional.

67. No obstante, incumbe a la Comisión pronunciarse claramente y fijar los límites de su misión; en esta etapa de los trabajos, el papel del Relator Especial consiste solamente en hacer el inventario de los problemas que se plantean y suscitar respuestas. Por otra parte, quizá sería apropiado que la Comisión, como se ha sugerido (*supra*, párr. 63), preguntase a la Asamblea General cuáles son los límites de su mandato y si es o no necesario elaborar asimismo un estatuto de la jurisdicción internacional. Si la respuesta de la Asamblea fuese positiva, parecería difícil que la Comisión pudiese llevar a cabo esa tarea en su mandato actual, habida cuenta de las demás cuestiones incluidas en su programa. En todo caso, la Comisión quizá estime, como lo hizo ya en 1954, que, hasta que se crease la jurisdicción internacional, la represión podría estar a cargo de las jurisdicciones nacionales. Evidentemente, no hay por qué descartar ese punto de vista, pero tampoco cabe desconocer sus inconvenientes, por cuanto hay dos hipótesis posibles: o bien los autores de la infracción son juzgados por sus propios tribunales nacionales —lo que a menudo es imposible mientras sigan a la cabeza del Estado o del gobierno, caso en el cual cabe preguntarse si habrá que esperar un cambio de régimen o una subversión interna para aprehender y juzgar a los culpables—, o bien esa tarea se confía a la jurisdicción de los Estados directamente afectados, caso en el cual se corre el riesgo de que falten las garantías de objetividad e imparcialidad. Jules Basdevant, que había firmado en nombre de Francia la Convención de 1937 sobre la creación de una corte penal internacional⁶⁸ para la represión del terrorismo, señalaba, por lo que hacía a las jurisdicciones nacionales:

[...] la forma de proceder de esas jurisdicciones, la manera de apreciar los hechos, quizá complejos, las pruebas que pueden ser discutibles, la manera en que pronuncien sus dictámenes, pueden ser apreciadas en forma diferente en distintos países. De la forma en que se haya pronunciado el tribunal, y la decisión que haya emitido, podría

⁶⁷ M. F. Furet, J. C. Martínez y H. Dorandeu, *La guerre et le droit*, París, Pedone, 1979, pág. 294.

⁶⁸ Véase *supra*, nota 21.

resultar una tirantez política entre el país afectado por el delito de terrorismo y el país en que se haya pronunciado la sentencia⁶⁹.

Precisamente teniendo en cuenta los casos de esa índole podría ser útil, para el buen entendimiento entre las naciones, someter el delito ante magistrados cuya imparcialidad e independencia estén fuera de toda duda. Además, la coherencia del derecho internacional público requiere una armonización de las decisiones jurisdiccionales, difícil de lograr en ausencia de una jurisdicción internacional. ¿Qué puede decirse, por último, en la hipótesis de que estuviera en tela de juicio la responsabili-

⁶⁹ Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence internationale pour la répression du terrorisme* (Ginebra, 1-16 de noviembre de 1937) (publicación N.º 1938.V.3), pág. 59.

dad delictiva no de individuos, sino del Estado? En ese caso, difícilmente se vería a un Estado comparecer ante otro Estado en razón de un hecho delictivo.

68. Esos son, en forma breve y sin duda incompleta, los argumentos en pro o en contra de una jurisdicción penal internacional. La Comisión tiene la palabra. Sólo si se ha de lanzar en esta empresa, se plantearán a la Comisión los problemas técnicos que el Relator Especial menciona en esta etapa de los trabajos sólo como recordatorio. Se trata de problemas de organización, procedimiento, autoridad, instrucción, juicio, defensa, acción civil, recursos, ejecución de decisiones, y otros. El examen de dichos problemas es evidentemente prematuro, por cuanto está vinculado a que convenga o no establecer el estatuto de una corte penal internacional.

CAPÍTULO V

Conclusión

69. Hemos pasado somera revista a los problemas que plantea la codificación de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. Tal como se había anunciado en el 34.º período de sesiones de la Comisión, se trata de un informe introductorio en que se ha procurado hacer un inventario, sin duda incompleto, de los problemas, a fin de que haya una reflexión en común y se formulen respuestas. Estos problemas se refieren:

a) *Al ámbito de la materia, y en particular:*

1. *Al carácter de los crímenes.* ¿A qué crímenes se aplica la codificación? ¿Cuáles son los rasgos específicos del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad? ¿Qué le distingue de los demás delitos internacionales? ¿Debe entrañar necesariamente un elemento político?

2. *A los sujetos de derecho.* ¿Los individuos, los grupo o los Estados? ¿O todos ellos?

b) *Al método*

Método deductivo. ¿Hay que partir de una definición general del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad?

Método inductivo. ¿Hay que buscar en el derecho positivo, especialmente en las convenciones internacionales, qué se considera hoy crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad?

c) *A la preparación del código*

¿Es preciso entrar en el problema de la formulación del código, esto es, el de la creación de una jurisdicción penal internacional y de las normas de procedimiento que entraña su funcionamiento?

70. Estas son las cuestiones respecto de las cuales el Relator Especial pide a la Comisión que reflexione y formule sus sugerencias. Si bien el Relator Especial es consciente de que no ha planteado todos los problemas, considera que habría conseguido su objetivo si el informe diese lugar a un debate amplio y minucioso.