

El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido*

Por CHERIF BASSIOUNI (**)

Catedrático. De Paul University (Chicago)

Los avances tecnológicos del presente siglo en el campo de las comunicaciones y el desarrollo de las relaciones humanas de todo tipo, han contribuido de manera importante a la toma de conciencia de la interdependencia de los pueblos y naciones del mundo. Al mismo tiempo, la experiencia humana relativa a los diversos tipos de adversidades naturales impuestas por el hombre ha contribuido igualmente a elevar el nivel de la conciencia social mundial. La combinación de estos factores ha constituido la base necesaria para la aparición y desarrollo de una serie de valores y expectativas compartidos por la sociedad mundial. Fruto de lo cual es la creciente exigencia a sus miembros por parte de la comunidad mundial de un cada vez más alto grado de conformidad y sujeción a ciertos «standards» mínimos de conducta, a fin de alcanzar los conocidos objetivos de seguridad individual y colectiva (1). El sistema jurídico internacional se encuentra abocado, en consecuencia, a afrontar la difícil tarea de desarrollar aquellas normas, estructuras, estrategias y recursos aptos para lograr las metas de preservación y protección de la comunidad mundial que, al mismo tiempo, posibiliten su transformación y evolución conforme a sus propias necesidades (2). En este contexto, el Derecho penal internacional constituye la rama del sistema jurídico internacional configuradora de una de las estra-

(*) Trabajo publicado por vez primera en la *Révue Internationale de Droit Pénal*, 1974, pp. 405 y ss., con el título «An Appraisal of the growth and developing trends of International Criminal Law», y reproducido con algunas modificaciones en BASSIOUNI, CH., *International Criminal Law. A Draft International Criminal Code*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 1980, pp. 1 y ss.

(**) Traducción al castellano del doctor José L. de la Cuesta Arzamendi, profesor de Derecho penal, Facultad de Derecho de San Sebastián (Universidad del País Vasco).

(1) M. McDUGAL y F. FELICIANO, *Law and Minimum World Public Order* (1960), p. 263.

(2) CARLSTON, «World Order and International Law», 20 *Journal of Legal Education* (1967), p. 127.

tegrías empleadas para alcanzar, respecto de ciertos intereses mundiales, el más alto grado de sujeción y conformidad a los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes. Intereses sociales de alcance mundial, resultado de una común experiencia a lo largo del tiempo y reflejo de la existencia de ciertos valores compartidos que la comunidad mundial considera necesitados de un esfuerzo colectivo de cooperación y de coerción para asegurar su protección. El objeto de las prescripciones normativas del Derecho penal internacional consiste, por tanto, en delimitar las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de transcendencia mundial dado, para cuya protección parece necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales; sanciones impuestas por los Estados miembros de la comunidad a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación.

I. ORIGEN Y DESARROLLO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA HISTORICA

El Derecho penal internacional es el resultado de la convergencia de los aspectos internacionales de la legislación penal nacional de los Estados y de los aspectos penales de la legislación internacional (3). Es por ello que, aun cuando el Derecho penal internacional se encuentre en vías de lograr su afirmación como disciplina autónoma, su origen y desarrollo deben exponerse distinguiendo entre estas dos ramas del Derecho. Distinción que, siendo históricamente válida, dado lo anterior, va adquiriendo cada vez más un sentido puramente metodológico (3 bis).

(3) En algunos idiomas este dualismo resulta difícil de conciliar en orden a la correcta denominación de la disciplina. Así, por ejemplo, en los idiomas que provienen del Latín, el eterno dilema consiste en si debe denominarse «Derecho Penal Internacional» o «Derecho Internacional Penal». Ver A. QUINTANO-RIPOLLÉS, *Derecho Penal Internacional e Internacional Penal* (1955-56). Cfr., también, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'Etude du Droit Pénal International* (1922) y *Les Principes Modernes du Droit Pénal International* (1928), que se ocupan de los aspectos internacionales del Derecho Penal interno, y S. GLASER, *Introduction à l'Etude du Droit International Pénal* (1954) e *Infractions Internationales* (1957), *Le Droit International Pénal Conventionnel* (1971), y C. LOMBOIS, *Le Droit Pénal International* (1979), que tratan de los aspectos penales del Derecho Internacional. Ver, también, RADIN, «International Crimes», 32 *Iowa Law Review* (1946), 33.

(3 bis) Dadas las dificultades afrontadas en orden al empleo correcto, y en su sentido estricto, de las expresiones «Derecho Penal Internacional» y «Derecho Internacional Penal» en la presente traducción, y creyendo interpretar correctamente la voluntad del autor, que opta por la construcción del Derecho Penal Internacional como disciplina autónoma y bajo una única denominación, hemos preferido la utilización de la expresión «Derecho Penal Internacional» en un sentido amplio, comprensivo tanto de los aspectos internacionales del Derecho Penal interno de los Estados como los aspectos penales del Derecho Internacional (Derecho Internacional Penal, en sentido estricto) (N. del T.).

A) ASPECTOS JURÍDICO-INTERNACIONALES DEL DERECHO PENAL INTERNO DE LOS ESTADOS

Esta parte del Derecho penal internacional encuentra su origen en las prácticas de los Estados, resultado de sus esfuerzos de cooperación internacional en orden al logro de la aplicación efectiva del Derecho penal interno. Comprende esencialmente sistemas de colaboración interestatal respecto de las personas buscadas por la comisión de delitos contra el orden jurídico estatal interno, y no por delitos contra el orden jurídico internacional. Este aspecto del Derecho penal internacional depende, por tanto, de modo esencial, de la naturaleza de la cooperación interestatal y es, en consecuencia, más procedimental que sustantivo. La primera de sus manifestaciones fue la práctica de la extradición (4).

El origen de la extradición se remonta a la civilización egipcia, hace unos cuatro mil años, donde se firmó el primer tratado de extradición hacia el año 1280 a. C. (5), cuando Ramsés II, de Egipto, tras repeler la invasión del rey de los Hititas, Hattusili III, firmó con éste un tratado de paz (el segundo documento más antiguo de la historia diplomática) que contenía una disposición relativa a la extradición recíproca de los fugitivos (6). Desde entonces, la historia de la extradición no ha hecho sino desarrollarse hasta devenir un eje central del Derecho penal internacional. En la actualidad, se encuentra incorporada a las legislaciones internas y las prácticas de casi todos los países del mundo y se la reconoce como el instrumento principal de cooperación entre los Estados para el control de la criminalidad interna e internacional.

En lo referente a la criminalidad interna, la extradición ha devenido una práctica corriente de cooperación entre los Estados, como demuestra todo un conjunto de tratados bilaterales (7) y los ocho convenios regionales multilaterales existentes sobre el tema (8), y ha llegado a ser reconocida como una auténtica *civitas maxima* (8 bis), que los Estados tienen el deber de respetar (9).

(4) También lo fue la práctica del asilo, cuyos orígenes son anteriores a los de la extradición. Véase CAILLEMER, «Asylla», en *Dictionnaire des Antiquités Grèques et Romaines d'après les Textes et Documents* (1877), p. 505, y P. SINHA, *Asylum and International Law* (1971).

(5) M. C. BASSIOUNI, «International Extradition and World Public Order» (1974), pp. 3-41, citando a Langdom y Gardner en *6 Journal of Egyptian Archaeology* (1930), 179, donde se comenta el tratado en cuestión.

(6) *Ibid.* Véase, también, VON HALTZENDORF, *Völkerrechts* (1885), p. 169.

(7) Los Estados Unidos, por poner un ejemplo, tenían, hacia 1977, tratados en vigor con 87 Estados. Para una relación de estos tratados hasta 1975, cfr. BASSIOUNI, *supra cit.*, n. 5, pp. 78-85.

(8) BASSIOUNI, *supra cit.*, n. 5, pp. 19-24.

(8 bis) Es decir, una obligación de derecho necesario (*ius cogens*) (N. del T.).

(9) BASSIOUNI, «International Extradition and World Public Order: a Conceptual Evaluation», en *Aktuelle Probleme des internationalen Strafrechts* (Pötz y Oehler, eds., 1971), p. 10; WISE, «Some Problems de Extradition», *15 Wayne Law Review* (1968), 709, y A. BILLOT, *Traité de l'Extradition* (1874).

La extradición fue, si no la única, la principal manifestación de los aspectos internacionales del Derecho penal interno de los Estados hasta el advenimiento, en el siglo XIX, de las más importantes codificaciones europeas en el ámbito penal. Ahora bien, a partir de los Códigos francés y alemán del XIX, se consideró preciso que el Derecho penal interno extendiera su dominio a una serie de conductas individuales llevadas a cabo fuera del ámbito jurisdiccional de los Estados (10). En consecuencia, se desarrollaron diversas teorías acerca de la aplicación extraterritorial del Derecho penal interno de los Estados que alcanzaron un gran éxito, hasta el punto de que alguna de ellas fueron admitidas no sólo por la legislación interna de muchos Estados (11), sino también por el propio Derecho internacional (12). Y, como resultado de todo ello, surgió un completo cuerpo de normas y prácticas relativas a los conflictos de leyes penales (13), así como nuevas vías de armonización de los diferentes intereses de los Estados en la defensa de su competencia penal extraterritorial.

Las nuevas soluciones coincidieron con una creciente movilidad de la población entre los Estados. Movilidad que planteaba nuevas dificultades a la cooperación internacional en materia penal. De aquí que, en la actualidad, una serie de tratados (particularmente entre los Estados miembros del Consejo de Europa) se ocupen de regular materias tales como el reconocimiento de decisiones penales extranjeras, la transmisión de procedimientos penales en curso, la ejecución de sentencias en el extranjero, la prestación de testimonio en países diferentes de aquél en que tiene lugar el proceso penal, cartas y comisiones rogatorias y otras formas de ejecución probatoria en países diferentes de aquél en el que se desarrolla el proceso penal (14).

(10) DONNEDIEU DE VABRES, *supra cit.*, n. 3.

(11) Para una visión de conjunto, véase Feller, «Jurisdiction over Offences with a Foreign Element», en M. C. Bassiouni y V. P. Nanda, *A Treatise on International Criminal Law*, vol. II (1973), pp. 5-64 (en adelante, citado como Bassiouni y Nanda I ó II); y George, «Extraterritorial Application of Penal Legislation», 64 *Michigan Law Review* (1966), 609. Véase, también, «Harvard Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime», 29 *American Journal of International Law* (1935), Sup. 439, y J. Moore, *Report on the Extraterritorial Crime and the Cutting Case* (1887).

(12) «The Lotus Case», *Permanent Court of International Justice* (1972), número 10; M. Hudson, *World Court Reports* (1935), p. 20 y L. Oppenheim, *International Law I* (H. Lauterpacht, 1955, 8.ª ed.), pp. 263 y ss.

(13) BASSIOUNI, «Theories of Jurisdiction and their Extra-territorial Application in the Law and Practice of Extradition», 5 *California Western Journal of International Law* (1974), 1 y SZASZY, «Conflict of Law Rules in International Criminal Law and Municipal Criminal Law in Western and Socialist Countries», en Bassiouni y Nanda II, *supra cit.*, n. 11, p. 135.

(14) Vid. GRÜTZNER, «International Judicial Assistance and Cooperation in Criminal Matters», en Bassiouni y Nanda II, *supra cit.*, n. 11, p. 189. Véase también en ese volumen los artículos de De Schutter, Oehler y Markus acerca del mismo tema. Cfr., Asimismo, «Harvard Draft Convention on Judicial Assistance», 33 *American Journal of International Law* (1939), 3. Entre los convenios europeos, vid. «Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales», *European Treaty Series* (1970), núm. 70; «Convenio Europeo sobre Asistencia Mutua en Materias Penales», 472 *United Nations Treaty Series*, 185, *European Treaty Series* (1959), 30 «Convenio Euro-

Paralelamente a estos desarrollos en el campo judicial, se han puesto en marcha otra serie de dispositivos de cooperación práctica a nivel administrativo, como la cooperación formal e informal de representantes de fuerzas del orden de diferentes Estados (15) y la creación y potenciación de la Interpol (estructura de cooperación internacional para el intercambio de información y asistencia mutua entre los Estados partícipes) (16).

La potenciación de este aspecto del Derecho penal internacional provino, por tanto, de la internacionalización del Derecho penal interno, que dio lugar a la aprobación de normas reguladoras de la cooperación internacional en materia penal. Su campo de aplicación han sido invariablemente delitos comunes contra el orden jurídico interno, cometidos por personas individuales (o pequeños grupos de delincuentes) con finalidad lucrativa privada y no política. De todos modos, conviene recordar que la distinción entre los dos aspectos señalados se encuentra condenada a desaparecer, salvo a efectos metodológicos, dada la penetración de los aspectos penales del Derecho internacional en el orden jurídico interno.

B) ASPECTOS PENALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Este aspecto del Derecho penal internacional comprende una serie de disposiciones internacionales establecidas por vía consuetudinaria o acordada, incriminadoras de ciertos tipos de conducta, independientemente del hecho de que su aplicación se lleve a cabo interna o externamente. Su contenido puede extraerse a partir de la regulación internacional de diversas materias: 1) El control de la guerra; 2) La reglamentación de los conflictos armados; 3) La persecución de las infracciones de las leyes de guerra (en su iniciación y desarrollo); y 4) Delitos comunes de interés internacional. Es importante destacar que el

peo sobre la Transmisión de procedimientos en Materias Penales», DPC/CEPC IV (70), 1, *European Treaty Series* (1973), núm. 73. Para los tratados recientes relativos al intercambio de presos, cfr. Bassiouni, «Perspectives on the Transfer of Prisoners Between the United States and Mexico and the United States and Canada», 11 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1978), 249.

(15) Un aspecto de este tipo de cooperación puede verse en Bassiouni, «Unlawful Seizures and Irregular Rendition Devices as Alternatives to Extradition», 7 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1974), 25.

(16) La Interpol, la Organización Internacional de Policía Criminal, fue creada en 1923. Hasta mediados de los años 60 la media aritmética de casos tratados anualmente por su Secretaría General fue de 8.000 y la de sus Oficinas de Control Nacional, 190.000. Dispone de una red de comunicaciones por radio que une a las 105 Oficinas Nacionales de Control existentes en todo el mundo. Para un estudio de su papel actual y su posible futuro, según su Secretario General, vid. Nepote, «The Role of an International Criminal Police in the Context of an International Criminal Court, and Police Cooperation with Respect to International Crimes», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit*, n. 11, p. 676.

desarrollo de las disposiciones integrantes de cada uno de estos bloques ha sido progresivo y, por lo general, ha seguido este modelo: aparición de un conjunto de obras doctrinales que constituyen la base de teorías más específicas, las cuales, a su vez, impulsan a la asunción de ciertos compromisos internacionales, a los que sigue la formulación de prohibiciones normativas específicas y la articulación de dispositivos sancionatorios.

1. *El control de la guerra*

Las obras de Aristóteles, Cicerón, San Agustín y Santo Tomás de Aquino, en su intento de distinguir entre guerras justas e injustas, introdujeron en la civilización occidental la premisa filosófica de la legitimación de la guerra (17). Estos esfuerzos habían tenido sus paralelos en otras civilizaciones. Las civilizaciones china, hindú, egipcia y asirio-babilónica contaron ya con normas acerca de la legitimidad de la guerra (18). La civilización islámica, basada sobre el Corán, también estableció reglas específicas relativas a la legislación de la guerra (19). Reglas y prácticas que, como visiblemente se deduce de las obras de algunos canonistas (20), influyeron, de alguna manera, en el desarrollo de la civilización occidental, dados los contactos del Islam con las Cruzadas en la Edad Media y con España, el sur de Francia y sur de Italia durante el tiempo en que estas áreas permanecieron bajo dominación musulmana. Así, pues, para el siglo XVII se había establecido ya una importante base filosófica, en especial, en el seno de la civilización occidental, acerca de la limitación de la guerra (y del modo de llevarla a cabo).

La fase histórica siguiente fue la de la formulación de disposiciones normativas contra las formas de guerra que habían llegado a ser rechazadas por la comunidad internacional como contrarias a los valores

(17) Una selecta relación de estas obras puede encontrarse en H. GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis* (BK II, 1625), que constituye el fundamento del Derecho Internacional Occidental. Una reflexión similar, aunque, en cierto modo, más humanística, sobre los mismos clásicos puede encontrarse en G. VATTTEL, *Le Droit des Gens* (1887). Para una interesante visión de conjunto, vid. Von ELBE, «The Evolution of the Concept of 'Just War' in International Law», 33 *American Journal of International Law* (1939), 665. Cfr. también WRIGHT, *A Study of War* (1964) y MANNHEIM, *War and Crime* (1941).

(18) A. AYMARD y J. AUBOYER, *L'Orient et la Grèce Antique* (T. I, 1935); véase también, NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations* (1947).

(19) M. KHADDURI, *The Islamic Law of Nations* (1966); A. MAHMASANI, *The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine* (1966); S. RAMADAN, *Islamic Law, its Scope and Equity* (1961); H. HAMIDULLAH, *Muslim Conduct of State* (1961); RESHID, «L'Islam et le Droit de Gens», *Récueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye* (1937), 4; DRAZ, «Le Droit International Public de l'Islam», 5 *Révue Égyptienne de Droit International* (1949), 17; A. ARMANAZI, *L'Islam et le Droit International* (1929); MAJID, «The Moslem International Law», 28 *Law Quarterly Review* (1912), 89; y BASSIOUNI, «Islam: Law, Concept and World Habeas Corpus», 1 *Rutgers-Candem Law Journal* (1969), 160.

(20) Véase C. RHYNE, *International Law* (1971), p. 23.

comunmente compartidos. Como manifestación de esta tendencia muchos Estados participaron en tratados bilaterales y multilaterales, particularmente desde 1648 (Tratado de Westfalia), en orden a regular sus relaciones como medio de evitación de la guerra entre los mismos, y que contribuyeron al desarrollo de una conciencia mundial acerca de la necesidad de prevenir la guerra (21).

El control de la guerra, en cuanto reflejo de un esfuerzo comunitario mundial basado sobre una serie de valores mundialmente compartidos, puede ilustrarse por tanto, de la mejor manera, a través de los pactos multilaterales dirigidos a controlar, regular, prevenir y prohibir las guerras. De éstos, los más importantes son:

1) Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, acerca de la solución pacífica de las disputas internacionales (22).

2) El Tratado de Versalles de 1919, que condenó las guerras de agresión (23).

3) El Pacto de la Sociedad de Naciones de 1920, que prohibió las guerras de agresión (24).

4) El Pacto Briand-Kellogg, de 1928, acerca de la renuncia a la guerra como instrumento de la política nacional (25).

5) La Carta de Londres de 1945, que incriminó la guerra (26).

6) La Carta de las Naciones Unidas de 1946, que prohibió la guerra, salvo en casos de autodefensa (27).

A lo largo de esta fase de la evolución se han sucedido varios intentos, tanto en círculos académicos como oficiales, dirigidos a definir y codificar la agresión, habiéndose llegado finalmente, en 1974, por el Comité Especial de las Naciones Unidas para la Definición de la Agresión, a un acuerdo al respecto (28); acuerdo que, implícitamente y en

(21) Vid. *Major Peace Treaties of Modern History 1698-1967* (Israil y Chile, eds., con una introducción por Toynbee, 1967).

(22) Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 son el «Convenio para el Arreglo Pacífico de las Disputas Internacionales de 29 de julio de 1899», 26 *Martens Nouveau Recueil* (2.º), 920, y el «Convenio para la Resolución Pacífica de las Disputas Internacionales de 18 de octubre de 1907», 3 *Martens Nouveau Recueil* (3.º), 360.

(23) *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between the United States of America and Other Powers, 1910-1923*, III (Redmond Ed., 1923), p. 3329.

(24) Artículo 10. Para conocer su texto, ver 13 *American Journal of International Law* (1919), Supp. 151.

(25) 94 *League of Nations Treaty Series*, 57; M. Hudson, *International Legislation*, vol. 4 (1923), p. 2522; éste fue, de todos modos, precedido por el «Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua» de 1923, no ratificado, y seguido por el Convenio de Londres de 1933 sobre la «Definición de la Agresión».

(26) M. HUDSON, *International Legislation*, vol. 9 (1945), p. 659.

(27) Artículo 2 (4). Véase también el Tratado Saavedra-Lamas de 1922, firmado en Río de Janeiro y titulado «Tratado Antigüerra de No-agresión y Conciliación» y la Carta de Bogotá de la Organización de Estados Americanos de 1948, artículo 16, Pan American Unión, *Law and Treaty Series* (1948), núm. 23.

(28) Cfr. «Report of the Special Committee on Defining Aggression», U. N. Doc. A/9619 (XXIX) 12 abril 1974; U. D. Doc. A/9890 (XXIX), 6 diciembre

atención a los esfuerzos habidos a lo largo de la historia para prevenir y castigar la guerra de agresión, podría constituirse en una disposición internacional susceptible de criminalización. Esto requeriría, sin embargo, la redacción de un convenio más específico sobre la materia, similar a los que existen en otros aspectos de la criminalidad internacional. Tal es el propósito del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad que, aunque presentado a las Naciones Unidas en 1954 y desde entonces pendiente de discusión, fue incluido de nuevo en el Orden del día de la Asamblea General de 1978.

Los esfuerzos de las Naciones Unidas en el área de la prevención de la guerra han producido también otros resultados (29). Entre ellos destacan, aunque todavía no hayan llegado a ser efectivas, la creación de fuerzas defensoras de la paz como medio de disminución y prevención de las guerras (30). Asimismo, en orden a la prevención de las guerras, las Naciones Unidas han realizado un importante esfuerzo en el campo de la protección de los derechos humanos (31). La persecución de los «crímenes contra la paz», que fuera ensayada con escaso éxito por el artículo 227 del Tratado de Versalles de 1919, a fin de procesar al Kaiser Alemán Guillermo, y, seguidamente, por los procesos de Nuremberg y Tokio, tras la Segunda Guerra Mundial, constituyen ejemplos históricos.

1974. Para un comentario exhaustivo de la cuestión de la definición, vid. B. FERENCZ, *Defining International Aggression* (1975). Para una visión de conjunto sobre la historia de la agresión, véase BASSIOUNI, «The Definition of Aggression in International Law: The Crime against Peace», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 159; J. STONE, *Aggression and World Order* (1958); C. POMPE, *Aggressive War: An International Crime* (1953). Vid., también, «Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations», 25 U. N. General Assembly Official Records, Res. 2.625 (1970).

(29) Véase, por ejemplo, «Draft Code of Offenses Against the Peace and Security of Mankind», 9 U. N. General Assembly Official Records, Supp. 9, U. N. Doc. A/2693 (1954).

(30) Para una completa panorámica de las actividades de las Naciones Unidas en favor de la paz hasta 1973, véase AGRAWALA, «Permanent or Temporary United Nations Peace-Keeping Forces. A World Police Force», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 694. Vid., también, B. BOWELL, *United Nations Forces* (1964).

(31) Véase, por ejemplo, L. SOHN y T. BURGENTHAL, *International Protection of Human Rights* (1972) y BASSIOUNI, «The Human Rights Program: The Veneer of Civilization Thickens», 21 *De Paul Law Review* (1971), 271, y otros artículos del Symposium sobre Derechos Humanos. Ninguno de estos tratados inscribina específicamente las conductas atentatorias de intereses protegidos, pero todos declaran explícita o implícitamente que esas conductas violan el Derecho Internacional. Algunos tratados adicionales han definido tales conductas como criminales, si bien el único que se encuentra actualmente en vigor es el Convenio sobre Genocidio. El Convenio de Apartheid está abierto a la firma y el Convenio sobre Tortura en período de discusión por las Naciones Unidas.

2) La reglamentación de los conflictos armados

En el siglo IV a. C. un escritor chino, Sun Tzu, en la obra titulada *El Arte de la Guerra* (32), describió las costumbres dominantes de exceptuar de la misma a heridos y ancianos. Hacia la misma época, en la civilización hindú se incluyeron en el *Libro de Manú* un conjunto de reglas reguladoras de la guerra terrestre. En el segundo milenio a. C., los egipcios mantuvieron tratados con otros pueblos, como los sumerios, que regulaban la guerra y el modo en que había de llevarse a efecto. Los antiguos griegos y romanos disponían de normas acerca del asilo, el tratamiento de los heridos y de los prisioneros (33). La práctica musulmana de la guerra se encuentra cuidadosamente reglamentada por el Corán (desde el año 623), en cuanto se refiere a la conducta guerrera, y fue recogida por las enseñanzas de Shaybani, del siglo VIII (34). En la Edad Media, la Iglesia Católica enunció en diversos concilios algunas disposiciones tendentes a regular el modo de llevar a cabo las guerras, pudiéndose citar a este respecto: el Primer Concilio de Letrán (1122), el Segundo (1139) (que prohibió, en particular, el uso de la ballesta) y el Tercero (1215); el Primero (1245) y el Segundo (1274) Concilio de Lyon. Concilios que se ocuparon principalmente de las Cruzadas, pero regularon también el modo en que había de llevarse a cabo la guerra (35). Las obras de Santo Tomás de Aquino, entre 1125 y 1274, en particular su *Summa Theologica* (1260), en la que siguió a los griegos clásicos como Homero, Platón y Aristóteles y al romano Cicerón, y de San Agustín (345-430, d. C.) encontraron su continuación en Vitoria (1483-1546) (36), Araya (1548-1584) (37), Suárez (1548-1617) (38) y Gentili 1552-1608) (39). Y Grocio (1583-1648) (40) sentó las bases doctrinales de la reglamentación de los conflictos armados. Desde entonces se han publicado múltiples obras acerca de la regulación de los conflictos armados que han desarrollado la filosofía humanitaria expresada en las posiciones precedentes.

(32) (Traducido por Giles, 1940).

(33) AYMARD y AUBOYER, *supra cit.*, n. 18, pp. 293-299; ROUSSEL, CLOCHE y GROUSSET, *La Grèce et L'Orient des Guerres Médiques à la Conquête Romaine* (2.ª ed., 1938); C. FITZGERALD, *Peace and War in Antiquity* (1931). Para un estudio sobre los ejércitos romanos, con referencias acerca de Grecia, cfr. C. GRANT, *The Army of the Caesars* (1974).

(34) Los casos y prácticas de Derecho Internacional y de relaciones internacionales relatados por Al-Shaybani en el siglo octavo fueron recopilados en el *Haiderabad* en 1335-1336. Han sido traducidos por M. KHADDURI, en *Islamic Law of Nations* (1966). Vid. también, M. KHADDURI, *War and Peace in the Law in Islam* (1955) y *supra*, n. 19.

(35) FITZGERALD, *supra cit.*, n. 33, y M. KEEN, *The Laws of War in the Middle Ages*.

(36) Acerca de las Indias y el Derecho de la guerra, véase *The Classics of International Law* (1944) (en adelante citado como *Classics*).

(37) «Three Books on the Law of War and on the Duties Connected with War», en *Classics*.

(38) «On War», en *Classics*.

(39) «De Jure Belli», en *Classics*.

(40) «On the Law of War and Peace (1625)» en *Classics*.

El «Derecho de la Guerra» y la regulación de los diversos aspectos de la misma y de los conflictos armados han sido, en los tiempos modernos, objeto de importantes acuerdos internacionales. Así, por ejemplo, normas de este tipo fueron anunciadas en la Declaración de París de 1856, el Convenio de Ginebra de 1864 (la Cruz Roja), la Declaración de San Petesburgo de 1868, la Declaración de Bruselas de 1874, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 (en especial el relativo a las leyes y costumbres del combate terrestre), el Protocolo de 1925 acerca de la prohibición del uso en guerra de gases asfixiantes y tóxicos u otros gases y los procedimientos de guerra bacteriológica, y el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Junto a las obras doctrinales señaladas, diversos países desarrollaron regulaciones y leyes militares que supusieron la incorporación parcial de algunas de estas prácticas internacionales. Sun Tzu describió el costumbre de prescindir de los anciano y los *fuera de combate* y desarrolló una destacada teoría acerca de la responsabilidad de los mandos por las posibles infracciones, cercana a lo que nosotros denominaríamos responsabilidad absoluta (*absolute liability*).

Los antiguos griegos desarrollaron un elaborado código basado en el «Derecho Universal» destinado a limitar los sufrimientos y la destrucción inherentes al hecho de la guerra. Paradójicamente, fue el rey «bárbaro» Jerjes quien, tras conocer que los griegos habían asesinado algunos de sus emisarios, rehusó la adopción de represalias arguyendo el hecho de que los griegos habían violado el Derecho de toda la Humanidad y que él no haría aquello de lo que él mismo les acusaba (41).

También se preocuparon otras sociedades antiguas de regular el uso de la fuerza en los conflictos armados. Investigaciones realizadas han demostrado la existencia de limitaciones estrictas en el uso de la fuerza en los códigos mayas, hasta aproximadamente el siglo VI d. C., en el Japón del siglo X, y entre los Incas de los siglos XI y XVI. En la Europa medieval, los Códigos de Caballería y el Derecho de las armas limitaron el recurso a la violencia a la clase de los Caballeros, además de prohibir el empleo de ciertas armas como la ballesta, el arcabuz y los gases venenosos o tóxicos (42).

Incluso la práctica de las represalias privadas fue limitada históricamente. El objetivo de las represalias consiste en hacer que el enemigo renuncie a continuar las prácticas ilegales de combate al mostrarsele, como respuesta, la disposición y capacidad de empleo de los mismos métodos (43). No obstante, el recurso a esta práctica no se llevaba a cabo con ligereza y, en el siglo XIII, una costumbre inglesa estableció diez condiciones a respetar antes de emprenderlas, una de las cuales consistía en que la solicitud de satisfacción presentada hubiera sido rechazada. Sólo cuando se cumplieran las diez condiciones

(41) C. FENWICK, *Digest of International Law* (1965), p. 7.

(42) H. MAINE, *International Law* (2.^a ed., 1894), pp. 138-40; y C. FENWICK, *supra cit.*, n. 41, p. 667.

(43) *Vid.*, por ejemplo, *General Orders*, n. 100, Department of the Army, 24 abril 1863, artículo 28, relativo a la «retribución protectora».

la Corona podría autorizar la represalia e incluso entonces la autorización había de ser limitada y bien definida (44).

En 1621, Gustavo Adolfo de Suecia promulgó sus «Artículos de las Leyes Militares que deben ser observados en tiempos de guerra», ordenando, por ejemplo, en el artículo general, que «ningún Coronel ni Capitán podrá ordenar a sus soldados la comisión de actos ilegales; quien así lo hiciere será castigado a discreción del juez» (45).

En los Estados Unidos, los primeros artículos de guerra fueron promulgados en 1775 y contenían previsiones específicas para la sanción de los oficiales que no lograran mantener el «buen orden» entre las tropas. Este mandato fue mantenido y reforzado en los artículos de guerra de 1806 (46) y sirvió de base para la persecución de las infracciones del Derecho de las Naciones (47). La regulación más destacada en este campo fue el «Código Lieber de los Estados Unidos» de 1863 (48). A partir del mismo, todos los países con reglamentaciones militares promulgaron regulaciones similares, en particular, tras los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que deben ser divulgados tanto entre el personal militar como entre el gran público. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 son los únicos instrumentos internacionales que distinguen las violaciones constituyentes de «infracciones graves» de las demás infracciones y exigen que todas las infracciones sean incriminadas por el Derecho interno, con independencia de la calificación de las graves como delitos internacionales (artículos 49, 50, 129, 146). Prácticamente, ningún otro tratado en vigor establece específicamente que la infracción de sus disposiciones constituya un delito castigado por el Derecho internacional o por el Derecho penal interno de los Estados firmantes. El Proyecto de 1973 de Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 disponía, no obstante, que en caso de «infracciones graves» los Estados signatarios debían procesar o extraditar al infractor (artículo 78) (48 bis), pero esta fórmula no fue mantenida en el texto final adoptado en 1977.

(44) CLARK, «The English Practice with Regard to Reprisals by Private Persons», 27 *American Journal of International Law* (1933), 694.

(45) GROSS, «The Punishment of War Criminals», 11 *Netherlands International Law Review* (1955), 356.

(46) *Articles of War*, art. IX (1775); vueltos a aprobar, con modificaciones, *Articles of War*, art. IX (1776); *Articles of War*, art. 32 (1806). Estas disposiciones se inspiraron principalmente en los Artículos de Guerra Británicos. SHERMAN, «The Civilianization of Military Law», 22 *Maine Law Review* (1970) 1, 6; G. DAVIES, *A Treatise on the Military Law of the United States* (3.ª ed. revisada, 1918). Esta norma subsiste, aunque mitigada, en el *Uniform Code of Military Justice*, art. 138, 10 U. S. C. pág. 1038.

(47) «Heinfield's Case», 11 F. Cas. 1099 (n. 6.630) (Circuit Court of Pennsylvania, 1793) (violación del principio de neutralidad por civiles).

(48) Promulgado como: «Instruction for the Government of the United States in the Field by Order of the Secretary of War», en Washington D. C., 24 abril 1863, y aprobado por el Presidente Lincoln. Para normas similares en USA, vid. *Rules of Land Warfare* (1956). Véase, también, G. DAVIS, *A Treatise on the Military Law of the United States* (3.ª ed. revisada, 1918), que traza la historia de los primeros «Articles of War» de 1775.

(48 bis) Véase BASSIOUNI, «Repression of Breaches of the Geneva Con-

3. *La persecución de las infracciones de las leyes de la guerra y de las guerras de agresión.*

La criminalización internacional de los actos que contravienen las leyes, normas y regulaciones de la guerra evolucionó gradualmente, y lo mismo sucedió con la persecución internacional de los provocadores de guerras injustas o de agresión y los infractores de las reglamentaciones del modo de desarrollar la guerra. La historia de este proceso puede dividirse, a efectos de su exposición, en: crímenes de guerra internacionalmente definidos y perseguidos por Tribunales Internacionales o Nacionales de Crímenes de Guerra; y procesos por delitos de alcance internacional definidos por el Derecho interno. Sólo los crímenes de guerra internacionalmente definidos, con independencia de la composición y características del tribunal enjuiciador, serán objeto de atención en este apartado.

En primer lugar, conviene destacar que en todas las actuaciones judiciales relativas a la guerra y a los crímenes de guerra las acusaciones se han dirigido contra personas individuales en base a transgresiones de normas provenientes de las fuentes del Derecho más arriba comentadas y a su responsabilidad individual por su participación en la decisión o ejecución, total o parcial, de acciones consideradas como infractoras de esas regulaciones y por no haber intervenido para impedir su producción. El tema central de estas actuaciones versó sobre la iniciación o participación en la iniciación de guerras de agresión, infracciones de las leyes de guerra, y, en los juicios que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, los «crímenes contra la Humanidad».

El primer proceso por el desencadenamiento de una guerra injusta parece ser que tuvo lugar en Nápoles, en 1268, cuando Conradin Von Hohenstafen fue condenado a muerte por esta razón (49), mientras que la primera actuación judicial conocida por crímenes de guerra fue la de Peter Von Hagenbach, en Breisach, Alemania, en 1474 (50).

Peter Von Hagenbach fue juzgado por un tribunal de veintiocho jueces de los Estados aliados en el Sacro Imperio Romano Germánico. Aunque no fue juzgado por delitos cometidos durante la guerra, el interés de su proceso reside en que fue despojado de sus derechos de caballero por un tribunal internacional que lo consideró culpable de asesinato, violación, perjurio y otros delitos «contra el Derecho divino y humano» durante una ocupación militar (51).

ventions under the Draft Additional Protocol to the Geneva Conventions of August, 12, 1949», 8 *Rutgers-Candem Law Journal* (1977) 185.

(49) Así lo indica BIERZANEK, «The Prosecution of War Crimes», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, pp. 559-60. Véase, también, la decisión del Congreso de Aix-La-Chapelle de 1810 acerca de la detención de Napoleón por haber llevado a cabo guerras que perturbaron la paz mundial. BELLOT, «The Detention of Napoleon Bonaparte», 39 *Temple Law Review* (1923), 170.

(50) SCHWARZENBERG, «The Breisach War Crime Trial of 1474», *Manchester Guardian*, 28 septiembre 1946; DEBARRANTE, *Histoire des Ducs de Bourgogne*, vols. 9, 10 (1837).

(51) PARKS, «Command Responsibility for War Crimes», 61 *Military Law Review* (1973), 4.

En 1689, Jaime II de Inglaterra, en el exilio, destituyó al Conde Rosen de todos sus cargos militares no por el fracaso de su misión, sino porque el asedio de Londonderry había sido atroz e incluyó el asesinato de civiles inocentes (52).

Entre los ejemplos más destacados de la Historia se encuentran los de la revolución americana, como el proceso contra el capitán Nathan Hale, por un tribunal militar británico, y el del mayor John Andre por una comisión de oficiales designada por Georges Washington (53). Inmediatamente después de la guerra civil americana el mayor Henry Wirz fue juzgado por su intervención en la matanza de varios miles de prisioneros de La Unión en la prisión de Andersonville (54). Los Estados Unidos también constituyeron tribunales de crímenes de guerra tras la guerra hispano-americana y la ocupación de Filipinas (55).

Después de la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles de 1919 estableció el principio de punibilidad de los crímenes de guerra; impuso a Alemania el deber de entrega a los aliados de los alemanes acusados de crímenes de guerra para su enjuiciamiento por tribunales militares (art. 228); y se autorizó a los Aliados la creación de tribunales nacionales de crímenes de guerra (art. 229). También dispuso el procesamiento del Kaiser Guillermo II por un tribunal internacional (art. 227) (56). Se creó un cuerpo especial para informar sobre las personas que debían ser perseguidas, la «Comisión decisoria de las responsabilidades de los autores de la guerra y para la aplicación de las sanciones», que hizo público su informe el 3 de febrero de 1920 (57). En él los Aliados pusieron en conocimiento de Alemania

(52) *Ibid.*

(53) Vid. COLBY, «War Crimes», 23 *Michigan Law Review* (1925), 482.

(54) *American State Trials*, vol. 8 (1918), p. 666. Las Actas de la Comisión Militar fueron publicadas en *House Executive Documents*, vol. 8, n. 23, serie n. 1.381, 40 Congreso (1868); cfr. también A. ROACH, *The Prisoners of War and How They Were Treated* (1865).

(55) Véase Corte Marcial del General Jacob H. Smith, Manila, P. I. abril 1902, S. Doc. 213, 57 Congreso, 2.ª sesión, pp. 5-17; Corte Marcial de Lt. Preston Brown, Manila, P. I. junio 1902, S. Doc. 213, 57 Congreso, 2.ª sesión, pp. 48-62.

(56) Por el «Delito Supremo contra la Moral y la Validez Internacional de los Tratados», esto es, la neutralidad de Bélgica, el Kaiser nunca fue juzgado porque se refugió en Holanda, la cual se negó a conceder su extradición en base a que el delito del que se le acusaba era un «delito político» y, por tanto, excluido de la extradición. Vid. WRIGHT, «The Legality of the Kaiser», 18 *American Political Science Review* (1919), 121. Sobre el problema de la excepción por delito político y los delitos internacionales, cfr. M. C. BASSIOUNI, *International Extradition and World Public Order* (1973), pp. 441-24. Para un análisis de las disposiciones penales del Tratado de Versalles, véase H. H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgan -nach Völkerstrafrecht* (1952). Debe destacarse que el Tratado de Sevres con Turquía de 1920 (sin ratificar) y su continuador, el Tratado de Lausana de 1923, sólo contenía una cláusula (art. 230) tendente a que Turquía entregara a los Aliados los criminales de guerra que le pudieran ser solicitados. No hubo ninguna petición, por lo que tampoco los infractores turcos fueron procesados. Véase, por ejemplo, GARNER, «Punishment of Offenders Against the Law and Customs of War», 14 *American Journal of International Law* (1920), 70.

(57) *Ibid.*

los nombres de 896 pretendidos criminales de guerra, aunque por razones políticas se redujo la lista a 45 y, de éstos, Alemania juzgó tan sólo a 12 ante el Tribunal Supremo del Reich, reunido en Leipzig, resultando absueltos seis (58). No se aplicó el artículo 228 porque Alemania se negó a la extradición de sus nacionales.

El período entre guerras supuso cierta paralización de los esfuerzos por regular este tipo de conductas. Durante la Segunda Guerra Mundial, en especial cuando el resultado de la batalla comenzó a sonreír a los Aliados, pareció necesario proseguir con la persecución de los que iniciaran guerras de agresión, las llevaran a efecto o cometieran crímenes de guerra (u otras atrocidades semejantes que serían más tarde calificadas como «crímenes contra la Humanidad»). La primera indicación en este sentido se produjo en la Declaración de los Aliados de Moscú de 30 de octubre de 1943, a la que siguió el Acuerdo para la Persecución y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra del Eje europeo (la Carta de Londres, de 8 de agosto de 1945), que creó el primero de los dos tribunales militares internacionales habidos en la historia, en Nuremberg; el segundo, el de Tokio, surgió de un Estatuto de 1946 (59). Además de estos dos tribunales militares internacionales, los Aliados crearon tribunales militares en sus zonas de ocupación respectiva. Esto último fue decretado por la Ordenanza número 10 del Consejo de Control, de 20 de diciembre de 1945, que dispuso que cada potencia ocupante podría juzgar a oficiales alemanes de bajo rango. El Tribunal de Nuremberg de crímenes de guerra enjuició a 19 importantes criminales de guerra (60). Antes, durante y después de los juicios de Nuremberg, los Estados Unidos condenaron a 1.814 en su zona de ocupación (de los que 450 fueron ajusticiados). Gran Bretaña a 1.085 (240 ajusticiados). Francia 2.107 (109 ajusticiados) y la URSS alrededor de unos 10.000 (sin que se conozca el número de las personas ajusticiadas). El número total de actuaciones judiciales adicionales por parte de las potencias aliadas, según se infiere del informe de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones

(58) Los dos procesos más importantes fueron *The Dover Castle* (1923-24) Ann. Dig., n. 231 y *The Llandovery Castle* (1923-24) Ann. Dig., n. 235. Véase, también, MULLINS, *The Leipzig Trials* (1921).

(59) Cfr. U. N. War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission* (Wright ed., 1948). Vid. también ROLING, «The Nuremberg and Tokio Trials in Retrospect», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 590, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente. Vid. también BASSIOUNI, «International Law and the Holocaust», 9 *California Western Journal of International Law* (1979), 201, 208-41.

(60) *Proceedings in the Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (1949), 42 vols., conocidos como las *Blue Series*. Los procesos siguientes fueron publicados bajo el título *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal* (1949), 14 vols., conocidos como la *Green Series*. Para un interesante relato del juicio y sobre los acusados, vid. E. DAVIDSON, *The Trial of the Germans* (1966). Para una valoración jurídica y la descripción de los procesos, vid. R. WOETZEL, *The Nuremberg Trials in International Law* (1960); J. KEENAN y B. BROWN, *Crimes against International Law* (1950); S. GLUECK, *War Criminals, their Prosecution and Punishment* (1944).

Unidas, fue: Estados Unidos, 809; Gran Bretaña, 524; Australia, 256; Francia, 254; Países Bajos, 30; Polonia, 24; Noruega, 9; Canadá, 4; China, 1 (61).

Además, varios súbditos aliados fueron acusados de colaboración con el enemigo y de la comisión de crímenes de guerra y contra la Humanidad (62). Una vez finalizado el proceso de Nuremberg y los procesos llevados a cabo por las fuerzas de ocupación, Alemania se ha hecho cargo de la tarea de persecución de los criminales de guerra y continúa haciéndose cargo de los mismos a través de sus tribunales internos. El único proceso importante de grandes criminales de guerra habido fuera de Alemania después de 1946 ha sido el de Eichmann. Caso que fue juzgado por el Estado de Israel sobre la base de la teoría de la competencia universal en crímenes internacionales, teoría que fue, fundamentalmente, la mantenida por los procesos de Nuremberg en relación con los «crímenes contra la Humanidad» (63).

La Carta de Londres de 8 de agosto de 1945 no creó el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, tribunal que comenzó sus actuaciones en 1946 y juzgó a 28 personas, de las cuales siete fueron condenadas a muerte (64). Algunas de estas sentencias fueron apeladas ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pero la resolución del recurso no fue favorable a los reos (65).

Además de los procesos por crímenes de guerra de Tokio, los Estados Unidos constituyeron en Filipinas Comisiones Militares Especiales para juzgar a los oficiales japoneses por crímenes de guerra, cuyas sentencias fueron confirmadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (66). Es de resaltar que el único proceso habido por crímenes de guerra contra un aliado de la Segunda Guerra Mundial fue planteado por ciudadanos japoneses contra los Estados Unidos por el empleo de armas atómicas, pero el caso fue rechazado por el Tribunal Supremo del Japón por cuestiones de competencia (67).

(61) *Ibid. Proceedings and Trials*. Véase también R. FREIDMAN, *The Law of War* (1972), pp. 773-80.

(62) MAUNOIR, *La Répression des Crimes de Guerre devant les Tribunaux Français et Alliés* (1956). Vid., también, COWLES, «Trial of War Criminals (non-Nuremberg)», 42 *American Journal of International Law* (1948), 299.

(63) «Attorney-General of Israel v. Eichmann (Israel District Court of Jerusalem, 1961)», 36 *Israel Law Review* (1962), 277. Vid. también P. PAPADATOS, *The Eichman Trial* (1964).

(64) U. S. *Naval War College International Law Documents* (1948-49); véanse extractos de la sentencia en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 615.

(65) «Hirota, Dohihara y Kido v. MacArthur», 335 U. S. (1948), 876.

(66) En «*Ré Yamashita*», 327 U. S. (1946), 1, y «*Homma v. United States*», 327 U. S. (1946), 759. Ambos casos fueron criticados por establecer un criterio sin precedentes en relación con la responsabilidad del mando, a saber, que los dos generales con mando en cuestión debían haber conocido y prevenido los crímenes de guerra cometidos por los soldados a sus órdenes. Vid. F. REEL, *The Case of General Yamashita* (1949).

(67) «*Shimoda v. The State*», 355 Hanrel Jiho (Tribunal Supremo del Japón 7 diciembre 1963), citado también, aunque parcialmente, en FRIEDMAN, *supra cit.*, n. 61, p. 1688. La denuncia, en este caso, fue contra los EE. UU.

En estos tribunales internacionales, así como en las correspondientes actuaciones judiciales internas de los Estados por crímenes de guerra, el principio básico de imputación fue el de la responsabilidad individual derivada de obligaciones legales internacionales, sin que se aceptara la excepción de «obediencia debida a las órdenes superiores» (68). Los procesos habidos tras la Primera Guerra Mundial lo fueron por: 1) violaciones de las normas y costumbres de la guerra establecidas por el Derecho internacional consuetudinario y compiladas por los Convenios de La Haya; y 2) iniciación y realización de guerras de agresión en violación del Derecho internacional (69). Las actuaciones que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial trataron sobre la responsabilidad individual y delegada por: 1) iniciación y realización de guerras de agresión en violación del Derecho internacional consuetudinario y convencional; 2) violación de las normas y costumbres de la guerra; 3) crímenes contra la Humanidad (que no estaban expresamente definidos por el Derecho internacional) (70).

En los procesos de la Primera Guerra Mundial el principal argumento de la defensa contra la acusación fue la ausencia en el Derecho internacional de disposiciones aplicables que ligaran a Alemania por medio de obligaciones internacionalmente exigibles. En cuanto a las acusaciones de crímenes de guerra se presentó el argumento de la «obediencia debida» como defensa, en base a que el Derecho internacional no había exceptuado de manera expresa esta exigente. Se argumentó también que las disposiciones internacionales invocadas no disfrutaban de carácter normativo desde el punto de vista penal, prueba de lo cual era que, de hecho, no se hubiera previsto para las mismas sanción alguna.

Para tratar de neutralizar algunas de estas argumentaciones, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 1945 dispuso, en sus artículos VII y VIII, que los Jefes de Estado no podían beneficiarse de la excepción proveniente de la Doctrina del Acto de Estado y que nadie podría eludir su responsabilidad en base a la «obediencia debida a órdenes superiores». No obstante, esto no pudo subsanar el hecho de que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta, estas normas no tuvieran otra existencia que la derivada de su extrapolación de una práctica histórica limitada, que no constituía prueba bastante de una práctica consuetudinaria internacional. Por otro lado, nunca se habían fijado penas para las violaciones en cuestión. En este sentido, cabe afirmar que las penas impuestas infringieron el principio de *nulla poena sine lege*. Además, la persecución de los «crímenes contra la

por el lanzamiento de bombas atómicas en Nagasaki e Hiroshima con infracción de las leyes y costumbres de la guerra.

(68) VOGLER, «The Defense of "Superior Orders" in International Criminal Law», en Bassiouni y Nanda I, *supra cit.*, n. 11, p. 619; y Y. DINSTEIN, *The Defense of «Obedience to Superior Orders» in International Law* (1965).

(69) Véanse *supra*, ns. 57 y 58, y JESCHECK, *supra cit.*, n. 56.

(70) Véanse *supra*, ns. 60-67. Extractos de las sentencias de Nuremberg y Tokio pueden encontrarse en Bassiouni y Nanda I, *supra cit.*, n. 11, pp. 608-19.

Humanidad» fue una novedad en el Derecho penal internacional y supuso, en consecuencia, una incriminación *ex post facto*. Por ello, los argumentos principales presentados en favor de la exoneración fueron que: 1) la creación del tribunal y su composición por Decreto de los Aliados, en la medida de que no se conformaba al Derecho internacional preexistente, era inválida; 2) las acusaciones presetnadas infringían el principio de legalidad del Derecho penal, pues los delitos habían sido incriminados *ex post facto*; y 3) las penas impuestas infringían el principio de legalidad *nulla poena sine lege*.

En suma, en los procesos derivados de la Segunda Guerra Mundial fueron aducidos continuamente los argumentos de la irretroactividad de las leyes penales (*ex post facto*) y *nulla poena sine lege*, perfectamente impecables desde el punto de vista jurídico-penal (71).

Para obviar las dificultades, después de la Segunda Guerra Mundial, se trató de codificar algunas de las normas y principios puestos en cuestión, a fin de impedir el recurso a estos argumentos en el caso de que tuviera lugar alguna actuación posterior. Así, en 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Proyecto de la Comisión de Derecho internacional relativo a la «Formulación de los Principios de Nuremberg» (72); en 1948, se redactó el Convenio para la Represión del Genocidio (73); en 1949, el Comité de la Cruz Roja abrió a la firma los cuatro Convenios de Ginebra (74); en 1953, el

(71) Cuatro de los abogados defensores expresaron esta opinión en Nuremberg: KRAUS (Consejero Jefe de Schacht), «The Nuremberg Trials of the Major War Criminals: Reflections after Seventeen Years», 13 *De Paul Law Review* (1964) 233; HAENSEL (Consejero Jefe para los SS. y los SD), «The Nuremberg Trial Revisited», 13 *De Paul Law Review* (1964) 298; KRANZBUHLER (Consejero Jefe de Donitz), «Nuremberg Eighteen Years Afterwards», 14 *De Paul Law Review* (1965) 333; PANNENBECKER (Consejero Jefe de Frick), «The Nuremberg War Crimes Trial», 14 *De Paul Law Review* (1965) 398. C. JACKSON, *The Nuremberg Case* (1971). Sobre el «principio de legalidad» en la doctrina de Derecho Penal, vid. M. C. BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes* (1969), pp. 37-45; y M. C. BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law* (1978), pp. 30-32, 50-58.

(72) 5 *U.N. General Assembly Official Recors, Supp.* 12 U.N. Doc A/1316 (1950) 11-14.

(73) I *U.N. General Assembly Official Records* (Res. 96, 11 diciembre 1946); 78 *U.N. Treaty Series*, 277. Véanse, también, Lemkin, *Genocide as a Crime Under International Law*, 41 *American Journal of International Law* (1944), 145, y P. DROST, *The Crime of State* (1959), y Bassiouni, «International Law and the Holocaust», 9 *California Western Journal of International Law* (1979), 201-248.

(74) Los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 son: I «Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Campo de Batalla», 75 *U.N. Treaty Series*, 31; II «Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar», 75 *U.N. Treaty Series*, 85; III «Convenio Relativo al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra», 75 *U.N. Treaty Series*, 135; IV «Convenio relativo a la Protección de los Civiles en Tiempo de Guerra», 75 *U.N. Treaty Series*, 287. Cfr. también, GUTTERIDGE, «The Geneva Conventions of 1949», 16 *British Yearbook of International Law* (1949), 294 y YINGLING Y GIANNANE, «The Geneva Conventions of 1949», 46 *American Journal of International Law* (1952), 393. En 1977 se abrieron a la firma proyectos de protocolos adicionales. Vid. BASSIOUNI, «Repression of

Comité de las Naciones Unidas para la Creación de una Jurisdicción Penal Internacional presentó un Proyecto de Estatuto de Tribunal Penal Internacional (todavía pendiente) (75); en 1954 fue presentado a la Asamblea General el «Proyecto de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad» (todavía pendiente) (76); y en 1968, la Asamblea General aprobó una resolución titulada «Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad» (77). No obstante, los acontecimientos posteriores a estas codificaciones no han dado lugar a procesos que hayan tenido que tomarlas en consideración o basarse en los precedentes de Nuremberg y Tokio (78). Sólo los Estados Unidos han juzgado a tres oficiales por infracciones del Derecho militar de los Estados Unidos, tras la masacre de My-Lai (79).

De la historia de la represión de los crímenes internacionales (que pone el acento en la iniciación y continuación de las guerras injustas y agresivas y su modo de llevarlas a cabo, y, a partir de Nuremberg, en los «Crímenes contra la Humanidad») se deduce que, hasta el momento, la responsabilidad directa en Derecho internacional se ha impu-

Breaches of the Geneva Conventions Under the Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949», 8 *Rutgers-Candem Law Journal* (1977), 185.

(75) 9 *U.N. General Assembly Official Records*, Supp. 12, U. N.Doc.A/12645 (1954). Vid., también, Secretaría de las Naciones Unidas, *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction*, U.N.Doc. A/CN.4/7/Rev. 1 (1949), 18. Véase, también, DAUTRICOURT, «The Concept of International Criminal Jurisdiction-Definition and Limitations of the Subject», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 636, y KLEIN Y WILKES, «United Nations Draft Statute for an International Criminal Court: An American Evaluation», en G. O. W. MUELLER Y E. WISE, *International Criminal Law* (1965), p. 573; P. CARJEU, *Projet d'une Jurisdiction Pénale Internationale* (1953); A. SOTTILE, *The Problem of the Creation of a Permanent International Criminal Court* (1951). El primer proyecto de tratado para la creación de este Tribunal se contenía en el Convenio sobre Terrorismo de 1937, abierto a la firma en Ginebra el 16 de noviembre de 1937, pero este tratado nunca entró en vigor al no alcanzar el número de ratificaciones requeridas. Véase M. HUDSON, *International Legislation*, vol. 7 (1937), p. 878. Para una propuesta reciente, vid. J. STONE y R. WOETZEL, *Towards a Feasible International Criminal Court* (1970).

(76) 9 *U.N. General Assembly Official Records*, U.N. Doc. A/2693 (1954), 11-12. Vid., también, JOHNSON, «The Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind», 4 *International & Comparative Law Quarterly* (1955), 445. Este proyecto se encuentra en la agenda del Sexto Comité de las Naciones Unidas desde 1979.

(77) Resolución 2391 (XXII) de la Asamblea General (9 diciembre 1968).

(78) Los múltiples conflictos habidos desde la Segunda Guerra Mundial han supuesto un gran número de violaciones susceptibles de ser perseguidas tanto en la Guerra de Corea, la Guerra de Independencia argelina, la Guerra de Independencia indo-china, la Secesión de Biafra, el Conflicto de Vietnam, la Secesión de Blangla-Desh y el Conflicto árabo-palestino-israelí.

(79) Los tres oficiales fueron el Coronel Henderson (absuelto), el Capitán Medina (absuelto) y el Lugarteniente Calley (culpable, aunque su condena fue revocada). Vid. T. TAYLOR, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy* (1970) y FERENCZ, «War Crimes Law and the Viet-Nam War», 17 *American University Law Review* (1968), 403. Vid. también R. FALK, G. KOLKO y R. LIFTON, *Crimes of War* (1971).

tado a los individuos. Esto no significa, sin embargo, que la responsabilidad de los Estados queda excluida. La responsabilidad de los Estados por delitos internacionales, cuya problemática se asemeja a la de la responsabilidad colectiva en el Derecho penal interno, se ha manifestado a través de la historia en la forma de reparaciones, un híbrido entre las sanciones penales y la responsabilidad civil (80). Invariablemente, cada vez que se ha aplicado, ha tomado una de las formas siguientes: aprehensión por la víctima de los bienes del vencido, e imposición de indemnizaciones o cesión de territorios por «acuerdo» con la parte vencida.

El desarrollo del concepto de responsabilidad del Estado por delitos de los propios Estados, como el desencadenamiento de una guerra de agresión u otras violaciones tales como el genocidio, ha dado a lugar a la exigencia de cierta responsabilidad penal a los Estados (81). En este orden de cosas, el Derecho internacional ha fijado algunas líneas directivas en relación con los actos irregulares cometidos por los Estados, pero no existe todavía ninguna regla concerniente a la responsabilidad criminal del Estado que no sea la analogía (82). En cualquier caso, el Tratado de Versalles y la experiencia de los Aliados de la Segunda Guerra Mundial contra Alemania y Japón continúan

(80) Véase E. ARONEANU, *Le Crime contre l'Humanité* (1961); P. DROST, *The Crime of State* (1959); V. PELLA, *La Criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (1949). Vid también GLASER, «L'Etat en tant que personne morale est-il pénalement responsable?», *29 Révue de Droit Pénal et de Criminologie* (1948) 451; y V. PELLA, *La Guerre crime et les criminels de guerre* (1964).

(81) Vid. el informe de la Comisión de Derecho Internacional «The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility», U. N. Doc. A/CN. 4/246 (5 marzo 1971) que cita decisiones fundamentales del Tribunal Internacional Permanente de Justicia y el Tribunal Internacional de Justicia, así como decisiones arbitrales. Cfr. también, M. WHITEMAN, *A Digest of International Law*, Vols. 1 y 8 (1968); A. VERDROSS, *Völkerrecht* (5.º ed. 1974); G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto Internazionale Pubblico* (8.º ed. 1962); C. ROUSSEAU, *Principes Généraux de Droit International Public* (1953); P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public* (1953); H. KELSEN, *Principles of International Law* (1952); L. OPPENHEIM, *International Law*, Vol. 1 (Lauterpacht, 8.º ed. 1955); G. SCHWARZENBERG, *International Law* (3.º ed., 1957); J. PERSONNAZ, *La Réparation du Préjudice en Droit International Public* (1939); C. EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law* (1928); C. »I VISSCHER, *La Responsabilité des Etats* (1924); D. ANZILOTTI, *Teoria Generale della Responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale* (1902), eeditado en D. ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale* (1928); K. STRUPP, *Hnadbuch des Völkerrechtliche Delik*, Vol. 3 (1920); G. VATTEL, *Le Droit des Gens* (1887).

(82) MUNCH, «State Responsibility in International Criminal Law», en Bassiouni y Nanda I, *supra cit.*, n. 11, p. 143; TRIFFTERER, «Jurisdiction over States for Crimes of State», en Bassiouni y Nanda II, *spra cit.*, n. 11, p. 86; O. TRIEFFTERER, *Dogmatische Untersuchung zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg* (1966); I. BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States* (1963); F. MUNCH, *Das völkerrechtliche Delikt* (1963); G. DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrechts* (1956). La paternidad del término «delito internacional» se atribuye a G. SCELLE, *Précis du Droit des Gens* (1934).

siendo la piedra angular en la exigencia de responsabilidades a los Estados (83).

En suma, si hacemos abstracción de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que imponen a los Estados signatarios la obligación de incriminar las infracciones por ellos contempladas en sus Derechos penales internos, cabe afirmar que el control de la guerra y del modo de llevarla a cabo todavía se encuentra en el estadio de enunciación de sus mandatos y no ha llegado aún al estadio de determinación y aplicación de las sanciones.

4) *Delitos comunes atentatorios de intereses internacionalmente protegidos.*

La historia del control de la guerra y su realización se ha visto asociada a los problemas de la soberanía estatal y la imposición de limitaciones al empleo de la fuerza por los Estados. Regulaciones y controles que, como más arriba se ha expuesto, claramente muestran que, aun cuando su premisa filosófica provenga de preocupaciones humanitarias, el desarrollo de las prescripciones y su aplicación se han visto muchas veces subordinados a los intereses de los Estados. El control de la guerra y su realización a través de la tipificación internacional de la infracción de sus disposiciones tiene también características distintivas que lo separan de otros intereses internacionalmente protegidos, cuyas violaciones han sido criminalizadas. Entre estas características destacan: 1) la decisión de entrar en guerra o de proseguir una guerra empezada es una decisión colectiva; 2) las infracciones individuales específicas de la legislación de guerra suelen tener lugar en un contexto de violencia colectiva; 3) este contexto podría servir de legitimación en el supuesto del uso de la fuerza desde un punto de vista defensivo; 4) el autor se encuentra colocado generalmente en el contexto de violencia sin que se haya contado con su voluntad; 5) la infracción puede verse afectada o causada por factores que no son necesariamente indicativos de la criminalidad del sujeto activo; y 6) ciertos supuestos de obediencia debida a órdenes superiores pueden admitirse como circunstancias eximente y atenuantes.

En cualquier caso y en un sentido más amplio, las disposiciones relativas a la iniciación y desarrollo de la guerra no son sino un ejemplo de un género más amplio de disposiciones tendentes a la protección de otros intereses internacionalmente vitales. Las conductas atentatorias de tales intereses pueden clasificarse en dos categorías: la primera comprensiva de las conductas de los individuos realizadas en provecho de sus propios fines e intereses; y la segunda, de las conductas individuales realizadas en favor de la política de un Estado dado o en apoyo de un Estado. Generalmente, las conductas del segundo tipo suelen ser cometidas por funcionarios públicos estatales.

(83) JESCHECK, *supra cit.*, n. 56; F. BERBER, *Diktat von Versailles* (1939), y J. CASTILLON, *Les Réparations allemandes — deux expériences* (1919-1932, 1945-1952) (1953).

Las conductas atentatorias de intereses internacionales de vital importancia han sido definidas e incriminadas progresivamente por el Derecho internacional consuetudinario y, más tarde, por tratados. Los convenios incriminadores de tales conductas lo han hecho, generalmente, definiendo, en primer lugar, la conducta en cuestión, declarándola, seguidamente, contraria a los intereses internacionales e imponiendo, por último, a los Estados signatarios la necesidad de adoptar el compromiso de perseguir a los delincuentes a través de su Derecho interno o bien de extraditarlos al Estado que lo solicite. Aunque en un caso, el Convenio de Genocidio, se establece que, en el supuesto de que fuera creado un Tribunal Penal Internacional tendría jurisdicción sobre las conductas que constituyen infracción de la misma, normalmente este tipo de convenios no prevén ninguna actuación internacional a través de tribunales penales internacionales. En su lugar, el mecanismo jurisdiccional del principio de competencia universal asegura que el deber de procesar o extraditar pueda ser siempre cumplido.

Prácticamente todos los intereses internacionalmente protegidos desde el punto de vista penal presentan características comunes y se han desarrollado sobre modelos paralelos.

Sus características más importantes son: 1) la conducta incriminada suele ser una conducta individual, incluso cuando el hecho ha sido cometido por pequeños grupos; 2) el móvil de la misma es de orden privado o económico, no político; 3) constituye un daño a las personas o intereses privados; 4) implica a más de un Estado en su preparación o ejecución; 5) el interés que afecta es un asunto que concierne a todos o a un número sustancial de Estados, y consiguientemente, los Estados comparten el interés de su prevención, control y represión; 6) para conseguir estos resultados la cooperación internacional parece esencial; 7) la conducta en cuestión constituye, por lo general, un delito para el Derecho interno.

El modelo seguido en la formulación de las normas internacionales tipificadoras ha sido generalmente el siguiente: 1) la conducta en cuestión es considerada delictiva por las legislaciones nacionales; 2) por medio de obras doctrinales y a partir de reuniones internacionales comienza a surgir la conciencia de la necesidad de su prohibición a nivel internacional; 3) se elabora un proyecto o un tratado, en una primera fase, únicamente para declarar la conducta como atentatoria o constitutiva de una violación del Derecho internacional; 4) a ello sigue generalmente uno o más convenios adicionales, cada uno de los cuales añade determinaciones más específicas al precedente y, como paso final, la declaración de que el comportamiento en cuestión constituye un delito internacional sometido al principio de competencia universal en su persecución, a cuyo efecto los Estados signatarios se comprometen a tipificar en sus Derechos penales internos y, en consecuencia, a procesar a sus autores o a conceder su extradición.

El breve repaso que se incluye a continuación trata de describir la evolución histórica debida en este grupo de delitos y se encuentra dividido en dos partes: A) Tipificaciones internacionales desarrolladas

como resultado de la evolución progresiva en las obligaciones asumidas por medio de tratados, y B) Tipificaciones internacionales establecidas originariamente, esto es, que no son el resultado de la evolución progresiva de obligaciones acordadas por medio de tratados.

A) TIPIFICACIONES INTERNACIONALES, NO DESTINADAS A LOS ESTADOS, DESARROLLADAS COMO RESULTADO DE LA EVOLUCIÓN PROGRESIVA EN LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR VÍA CONVENCIONAL

1. *La esclavitud, el tráfico de esclavos y la trata de mujeres y niños* (84)

Los primeros esfuerzos tendentes a la abolición de la esclavitud y la trata de esclavos tuvieron lugar durante la Conferencia de Paz de París de 1814-15 y en el Congreso de Viena de 1815 (85). A ellos siguieron el Tratado de Londres de 1941 (86) y el de Washington de 1962 (87), el Convenio de Bruselas de 1890 (88) y el de S. Germain-en Laye de 1919 (89). En 1926, la Sociedad de Naciones adoptó un Convenio sobre la esclavitud que prohibió la esclavitud y el tráfico de esclavos en todas sus formas (90). En 1956, se aprobó un «Convenio Suplementario acerca de la Abolición de la Esclavitud, el Tráfico de Esclavos e Instituciones y Prácticas similares a la Esclavitud» (91). La Carta de las Naciones Unidas la prohíbe expresamente en su artículo 1.º, párrafo 3.º, y lo mismo hacen la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 4.º, y el artículo 8.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (92).

En cuanto a la trata de blancas, el primer acuerdo fue alcanzado en 1904, el «Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas» (93), al que siguió el «Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas» de 1910 (94), el «Convenio Internacional para la Represión del Tráfico de Mujeres y Niños» de 1921 (95), el «Convenio Internacional para la Represión del Tráfico de Mujeres Ma-

(84) NANDA y BASSIOUNI, «Slavery and Slave Trade: Steps toward its Eradition», 12 *Santa Clara Law* (1972), 424.

(85) 2 *Martens Nouveau Recueil* (1.º), 432.

(86) 30 *State Papers*, 269.

(87) 12 *Stat.* 1225, T. S. n.º 126 (7 abril 1862).

(88) 16 *Martens Nouveau Recueil* (2.º), 3.

(89) Contenido en un Memorandum de las Naciones Unidas preparado por la Secretaría General sobre la Supresión de la Esclavitud, U. N. Doc. ST/SOA/4 (1951), p. 12.

(90) 60 *League of Nations Treaty Series*, 253. Vid., también, el Memorandum de las Naciones Unidas *supra cit.*, n. 89, pp. 35-36.

(91) 266 *U. N. Treaty Series*, 3.

(92) Resolución 2200A de la Asamblea General, 21 *U. N. General Assembly Official Records*, Supp. n.º 16, pp. 49, 52; U. N. Doc. A/6316 (1966).

(93) 1 *League of Nations Treaty Series*, 83.

(94) 11 *League of Nations Treaty Series*, 438.

(95) 9 *League of Nations Treaty Series*, 416.

yores de Edad» de 1933 (96) y, en 1950, el «Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena» (97) (también en el seno de la OIT se han elaborado tratados para la protección de mujeres y niños, tratados que merecerían ser tomados en consideración en este contexto).

El estadio actual de la evolución de este género de prohibiciones no ha alcanzado todavía un nivel similar al del Sistema de Control Internacional de Estupefacientes, que, en sus tratados más recientes (que serán objeto de comentario inmediatamente), impone claramente a los Estados la obligación de procesar o extraditar. Las Naciones Unidas continúan trabajando, a través de su Consejo Económico y Social, para elevar el control internacional de la esclavitud el tráfico de esclavos y la trata de mujeres y niños al mismo nivel que el Control Internacional de las Drogas.

2. *El tráfico ilícito de drogas* (98).

Los esfuerzos para controlar la producción, fabricación, el tráfico y el uso ilícito de drogas naturales y sintéticas han encontrado su concreción en un conjunto de once tratados localizados cronológicamente entre 1912 y 1972. La mayor parte de los convenios concernientes a la regulación de la producción y tráfico de drogas y a la simple prohibición y castigo de su tráfico ilícito han seguido una evolución gradual, como lo demuestran los tratados siguientes: el «Convenio Internacional del Opio», de 1912 (99), el «Convenio Internacional del Opio» de 1925 (100), el «Convenio para la Limitación de la Fabricación y Regulación de la Distribución de Estupefacientes» de 1931 (101), el «Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas» de 1936 (102), el «Protocolo Enmendante de los Pactos, Convenios y Protocolos sobre Estupefacientes» de 1946 (103), el «Protocolo de París» de 1948 (104), el «Protocolo sobre la Limitación y Regulación del Cultivo de la Adormidera, la Producción y el Comercio Internacional y al por Mayor y el Uso del Opio» de 1953 (105), el «Convenio Unico sobre Estupefacientes» de 1961 (106), el «Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas» de 1971 (107), y el «Protocolo de Ginebra sobre la Modificación del Convenio Unico de Ginebra sobre Estupe-

(96) 150 *League of Nations Treaty Series*, 431.

(97) 96 *U. N. Treaty Series*, 271.

(98) Cfr. BASSIOUNI, «The International Narcotics Control Scheme-A Proposal», 46 *St. John's Law Review* (1972), 713.

(99) 8 *League of Nations Treaty Series*, 187.

(100) 81 *League of Nations Treaty Series*, 317.

(101) 139 *League of Nations Treaty Series*, 299.

(102) 198 *League of Nations Treaty Series*, 229.

(103) 12 *U. N. Treaty Series*, 180.

(104) 44 *U. N. Treaty Series*, 297.

(105) 456 *U. N. Treaty Series*, 56.

(106) 520 *U. N. Treaty Series*, 204.

(107) U. N. Doc. E./Conf. 58/6 (1971).

facientes» de 1972 (108). Esta dinámica evolutiva se encuentra caracterizada por un gradualismo en las incriminaciones internacionales orientadas a obligar a los Estados a procesar o extraditar. Fórmula que se considera como el estadio más alto de control de las actividades tipificadas por el Derecho Internacional. Con todo, debe observarse que este sistema internacional de control sigue todavía esencialmente una doble vía: 1) control de la elaboración, producción y tráfico lícitos, cuya regulación constituye probablemente la forma más desarrollada de cooperación internacional, y 2) control de la elaboración, producción, tráfico y tenencia ilícita de las sustancias señaladas por los tratados en cuestión, que se apoya sobre un sistema indirecto (a saber, el consistente en obligar a los Estados a la aplicación del tratado). Si bien ésta es el área en que la cooperación internacional tiene mayores posibilidades de incrementarse, pues su contenido ideológico es escaso y porque el objeto de las prohibiciones se sitúa en el nivel más alto de los valores compartidos por la comunidad mundial.

3. Piratería aérea y apoderamiento ilícito de aeronaves (109)

La prohibición de la piratería encuentra sus orígenes en el Derecho internacional consuetudinario y fue codificada por el Convenio de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar (110). No existe, de todos modos, una regla explícita que exija la persecución de los piratas o su extradición, si exceptuamos la reconocida por el Derecho internacional consuetudinario.

El secuestro de aeronaves es una forma de piratería y, de aquí, su afinidad con este delito. Fue regulado en 1969 por el Convenio de Tokio sobre «Delitos y otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves» (111), cuya preocupación principal era el establecimiento de reglas para la cooperación interestatal en la prevención de los secuestros y la pronta devolución de los aparatos a sus servicios comerciales. En 1970, el «Convenio de La Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves» (112) estableció el deber de procesar o conceder la extradición. En 1971, el «Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil» trató de

(108) U. N. Doc. E/Conf. 6318 (1972).

(109) SUNDBERG, «Piracy: Air and Sea», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 455.

(110) 450 U. N. Treaty Series, 82. Cfr. el acuerdo de Nyon de 14 septiembre 1937, 181 *League of Nations Treaty Series* 1351. El Tratado Internacional para la Limitación y Reducción de Armamento Naval, 112 *League of Nations Treaty Series*, 65 y su Protocolo de 1936 sobre la Guerra Submarina, 173, *League of Nations Treaty Series*, 353. La historia de la piratería y de su regulación se encuentra unida a la del Tráfico de Esclavos. Vid., también, Sundberg, *supra cit.*, n. 100, pp. 456-57.

(111) 704 U. N. Treaty Series, 291. Véase, también, EVANS, «Aircraft Hijacking its Cause and Cure», 63 *American Journal of International Law* (1969), 695.

(112) 22 *United States Treaty Series*, 1641, *Treaties and Other International Acts Series*, 7192.

establecer algunas penas mínimas, pero no encontró suficiente apoyo (113). Este fue el primer intento a nivel internacional de fijación de penas específicas para delitos internacionales.

4. Terrorismo y secuestro de personas internacionalmente protegidas (114)

El control del terrorismo se remonta al «Convenio para la Prevención y Represión del Terrorismo» de 1937 (que nunca entró en vigor); único convenio internacional relativo a delitos internacionales sustantivos que haya previsto la creación de un Tribunal Penal Internacional (115). Idea que, si bien fue demasiado avanzada para su tiempo, se ha visto potenciada por acontecimientos recientes que han resucitado el interés sobre el tema y sobre el Convenio señalado, en particular, sobre la idea de la creación de un Tribunal Penal Internacional (116).

Fruto de los acontecimientos contemporáneos se han aprobado dos convenios. El primero, en 1971, por la Organización de Estados Americanos, el «Convenio para la Prevención y Represión de Actos de Terrorismo que toman la forma de Delitos contra las Personas y Extorsiones Conexas con estos Delitos de Trascendencia Internacional» (117) y el «Convenio de las Naciones Unidas para la Prevención y Represión de los Delitos contra Personas Especialmente Protegidas a Nivel Internacional, con inclusión de los Agentes Diplomáticos» (118). El sistema empleado para el control de las drogas, que fue seguido por el sistema de control de la piratería aérea, ha sido también el adoptado por estos convenios, que establecen la obligación de los Estados firmantes de procesar o extraditar. De todos modos, no se prevén penas para los delitos ni se contempla la creación de un Tribunal Penal Internacional por ninguno de estos instrumentos internacionales. En

(113) 24 *United States Treaty Series*, 567, *Treaties and Other International Acts Series*, 7570. Véase EVANS, «Aircraft Hijacking: What is Being Done», 67 *American Journal of International Law* (1973), 641.

(114) Vid. M. C. BASSIOUNI (ed.), *International Terrorism and Political Crimes* (1975), y A. EVANS y J. MURPHY (eds.), *Legal Aspects of International Terrorism* (1978); BASSIOUNI, «Prolegomenon to Terror Violence», 12 *Creighton Law Review* (1979), 745.

(115) 19 *League of Nations Official Journal* (1938), 23; M. HUDSON, *International Legislation*, vol. 7 (1937), p. 362.

(116) Véase, por ejemplo, el estudio de la Secretaría de las Naciones Unidas, titulado «Measures to Prevent International Terrorism, etc.», U. N. Doc. A/Conf. 6/418 (2 noviembre 1972). Vid. la propuesta USA de Tratado, titulada «Draft Convention for the Prevention and Punishment of Certain Acts of International Terrorism», U. N. Doc. A/C./G./L./850 (25 septiembre 1972), que fue aplazada. Vid., asimismo, BASSIOUNI, «Methodological Options for International Control of Terrorism», 7 *Akron Law Review* (1974), 388.

(117) *Organisation of American States Official Records/Serv. P./Doc.68* (31 enero 1971).

(118) Resolución de la Asamblea General A/3166 (XXVIII) (5 febrero 1974); véase, también, MURPHY, «The Role of International Law in the Prevention of Terroristic Kidnapping of Diplomatic Personnel, en Bassiouni, *supra cit.*, n. 114, p. 285.

1977, el Consejo de Europa adoptó un convenio sobre terrorismo y, en 1978, la ONU aprobó un convenio sobre la captura de rehenes (118 bis).

B) TIPIFICACIONES INTERNACIONALES, NO DESTINADAS A LOS ESTADOS QUE NO SE DESARROLLARON COMO RESULTADO DE LA EVOLUCIÓN PROGRESIVA EN LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALMENTE ASUMIDAS.

1. *El «Convenio Internacional para la Represión de la Circulación y Tráfico de Publicaciones Obscenas» de 1923* (que no impuso, con todo, el deber de procesar o extraditar) (119). Este Convenio ha caído en desuso debido a los cambios habidos en las actitudes populares y las dificultades inherentes a su aplicación, dada la existencia de diversas disposiciones constitucionales en los Estados protectoras de la libertad de expresión.

2. *El «Convenio Internacional para la Represión de la Competencia Fraudulenta»* (que impone el deber de extradición) (120).

3. *El «Convenio Postal Universal»* (Convenio de Berna), que ha tomado diversas formas desde sus inicios en el siglo XIX, y prohíbe el envío irregular de explosivos y materias inflamables o peligrosas de cualquier género. En su redacción actual, el artículo 59 del Convenio de Berna (121) extiende la responsabilidad a toda expedición de materias peligrosas no sólo para los funcionarios de Correos, sino también para sus destinatarios. Esta medida resulta muy importante en el momento presente, dado el frecuente uso del Correo para el envío de cartas-bomba (122).

Estos tres convenios han establecido prohibiciones sin seguir las fases de evolución descritas más arriba y ninguna de las así creadas parece encontrar sus orígenes en el Derecho internacional consuetudinario.

C) TIPIFICACIONES INTERNACIONALES DESTINADAS A LOS ESTADOS.

Todas las previsiones internacionales relativas a actuaciones estatales encuentran sus orígenes en el Derecho internacional consuetudinario y se han desarrollado a través de un proceso evolutivo de convenios sucesivos. Se caracterizan por constituir incriminaciones de violaciones de los derechos del hombre suficientemente graves como para sacudir la conciencia de la Humanidad o amenazar la paz y la seguridad mundiales.

(118 bis) *European Treaty Series*, n.º 90; *U. N. General Assembly Official Records* (XXXIV), A/34/819.

(119) *27 League of Nations Treaty Series*, 213, art. 10.

(120) *112 League of Nations Treaty Series*, 371, art. 9.

(121) Unión Postal Universal, conocida como la Convención de Berna, 11 julio 1952, 169 *U. N. Treaty Series*, 3.

(122) Cfr. PANZERA, «Terrorismo Postale e Diritto Internazionale», 56. *Rivista di Diritto Internazionale* (1975), 762.

1) El «*Convenio de Genocidio*» de 1948 (123)

El Convenio de Genocidio fue urgido por la situación en que se encontraron los tribunales militares de la Segunda Guerra Mundial para el castigo de los oficiales del Eje por su participación en intentos de exterminio de determinados grupos étnicos. El Convenio incrimina aquellas conductas tendentes a la eliminación total o parcial de grupos identificados por su nacionalidad, etnia, religión o medio social o convicciones políticas. Al hacerlo, contribuye a la construcción del concepto de «crímenes contra la Humanidad» reconocido en la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, que, junto a la Orden núm. 10 del Consejo de Control, constituyó la base de las acusaciones en los procesos de Nuremberg (vid. *supra*, el comentario de los «crímenes contra la Humanidad» bajo la rúbrica de los Crímenes de Guerra).

De todos modos, el Convenio de Genocidio va más allá del concepto de «crímenes contra la Humanidad», que anteriormente se ligaba al hecho de la guerra al prohibir el genocidio con independencia de que se realice o no en el contexto de una guerra. Exige a los Estados el procesamiento o extradición de las personas acusadas de genocidio y excluye la inmunidad de tales personas frente a la extradición en base a motivos políticos, pues prohíbe a los Estados signatarios tratar al genocidio como delito político. Es el único Convenio que prevé que, si fuera creado un Tribunal Penal Internacional, habría de tener competencia en el enjuiciamiento de los casos relacionados con el Convenio. No obstante, no prevé por sí mismo pena alguna y deja la sanción de los hechos en manos de los Estados firmantes, que deben aplicar las penas previstas por sus Derechos internos.

2) El «*Convenio Internacional para la Prevención y Represión del Delito de Apartheid*» de 1972 (124).

Este Convenio, que ha entrado en vigor en julio de 1976, incrimina conductas que, en cierta medida, se encuentran ya tipificadas por el «Convenio para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial» (125). De todos modos, en la medida en que sus previsiones no se encontraban expresamente en el Convenio anterior, constituye una nueva tipificación así como el resultado de la evolución de disposiciones preexistentes.

3) «*Proyecto de Convenio para la Prevención y Represión de la Tortura*» (126)

Es un Proyecto de Convenio que, en octubre de 1979, se encontraba todavía debatiéndose en el seno de las Naciones Unidas. No es

(123) 78 U. N. Treaty Series, 277, art. 7.

(124) Resolución de la Asamblea General n.º 3068, *General Assembly Official Records* (n.º 50), U. N. Doc. A/9233/Add. 1 (1973).

(125) 660 U. N. Treaty Series, 195.

(126) U. N. Doc. E/CN. 4/NGO 213 (1 febrero 1978).

probable que se convierta en una tipificación de Derecho penal internacional convencional, dados los lamentables esfuerzos que se realizan en orden a que sus previsiones, que convierten a la tortura en un delito internacional, sean suprimidas (127). Al igual que el Convenio sobre Apartheid, el de la Tortura puede ser también considerado como fuente de una norma, en la medida en que perfecciona las disposiciones existentes sobre la tortura, y como punto final de un proceso de evolución, ya que la tortura ha sido ya prohibida por instrumentos internacionales sobre derechos humanos como la «Declaración Universal de Derechos Humanos», el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos», el «Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales» y el «Convenio Interamericano sobre los Derechos del Hombre».

El Convenio sobre la Tortura sigue los modelos precedentes en Derecho Internacional Penal, al exigir a los Estados signatarios el compromiso de optar por el procesamiento de estos delincuentes o su extradición, declarar a estos delitos incurso en el principio de competencia universal y, asimismo, como el Convenio de Genocidio, dispone que, caso de crearse un Tribunal Penal Internacional, los hechos por él contemplados serían de su competencia. Además, prevé el establecimiento de un sistema limitado de aplicación directa del Convenio por medio de la interposición de quejas y la realización de investigaciones a cargo de un Comité Especial de las Naciones Unidas, dependiente de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. También se encuentra en período de debate un Proyecto de Protocolo Adicional que prevé el establecimiento de un control suplementario a través de un Comité Internacional similar al Comité Internacional de la Cruz Roja.

II.—ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La historia del Derecho penal internacional pone de manifiesto que se trata de un ordenamiento que pretende regular la actividad de diversos participantes en diversos ámbitos, empleando estructuras y estrategias diversas basadas sobre valores diferentes, pero todo ello, en orden a alcanzar una serie de fines conectados a los valores generalmente compartidos. Así, pues, su denominador común es la protección de ciertos intereses que representan valores comunmente compartidos por la sociedad mundial. En cuanto disciplina científica, sin embargo, el Derecho penal internacional es el resultado de la convergencia de dos ramas fundamentales del Derecho y, en consecuencia, se ve afectado por una importante dicotomía en sus premisas doctrinales de

(127) Véase BASSIOUNI, «An Appraisal of Torture in International Law and Practice; The Need for a International Convention for the Prevention and Suppression of Torture», 48 *Revue Internationale de Droit Pénal* (1978) (n.ºs 3-4), 17.

base. Precisamente, son las divergencias doctrinales existentes entre el Derecho internacional y el Derecho penal las que han determinado que el Derecho penal internacional se configure como una «personalidad dividida», característica que ha dificultado su desarrollo. A este respecto, basta constatar que el Derecho internacional es un sistema jurídico construido sobre la presunción de consenso y sumisión voluntaria de sus principales sujetos (Estados), cuyas relaciones se establecen en pie de igualdad, sin que ninguna autoridad superior aplique los mandatos del sistema, y que, de otra parte, el Derecho penal, en todos los Derechos internos, supone procesos de toma de decisión de modo vertical, apoyados sobre medios coercitivos en orden a la aplicación de los mandatos del sistema. Las diferencias entre los dos sistemas son demasiado bien conocidas y no necesitan ser recordadas. Se diferencian en sus fines, enfoques, métodos y resultados. Ello explica en gran medida la falta de cohesión y sentido de dirección tan manifiesta en todo el desarrollo del Derecho penal internacional. Consecuencia directa de esta situación es que los autores que tratan de estos temas se distinguen por su enfoque, terminología, metodología, así como por la diferente valoración del objeto y funciones del Derecho penal internacional, según cuál sea la premisa doctrinal elegida (en función de los principios de base sobre los que se apoyen) (128). Así, los internacionalistas tenderán a analizar al Derecho penal internacional en base a las obligaciones asumidas por vía acordada y las prácticas consuetudinarias internacionales de los Estados en orden al cumplimiento de los mandatos del Derecho penal internacional a través de sus sistemas penales internos. Y, de otro lado, los penalistas tratarán de construir un modelo de ejecución internacional paralelo al sistema penal interno y se preocuparán de la codificación de las normas penales internacionales y su aplicación a través de un sistema internacional de justicia penal.

En suma, las diferencias que existen entre las dos premisas doctrinales de base atañen a los factores siguientes: 1) meta y fines del Derecho penal internacional; 2) fuentes; 3) objeto y contenido; 4) forma; 5) sujetos; 6) estructuras a emplear; 7) recursos; 8) técnicas de aplicación; 9) sanciones, y 10) aspectos procedimentales. Un repaso de la literatura especializada pone de relieve el impacto de estas diferencias en las cuestiones críticas siguientes:

1) ¿Deben aplicarse sanciones penales internacionales (p. e., reparaciones, multas y otras sanciones económicas) a los Estados y Organizaciones internacionales, o el Derecho internacional ha de aplicarse tan sólo a los individuos?

2) ¿Cuáles son las fuentes del Derecho penal internacional (tratados bilaterales, convenios multilaterales, Derecho internacional con-

(128) Cfr. en Bassiouni y Nanda I, *supra cit.*, n. 11, Primera Parte, MUELLER y BESHAROV, RYU y SILVING, JESCHECK, VAN BEMMELEN, M'WENDWA, TORNARITIS, SINHA y MUNCH. Vid., también, SCHWARZENBERG, «The Problem of an International Criminal Law», 3 *Current Legal Problems* (1950), 263.

suetudinario, principios generales del Derecho internacional, el Derecho interno?

3) ¿Qué grado de especificidad habrían de tener sus mandatos (p. e., han de consistir en aseveraciones de carácter general incorporadas a las fuentes del Derecho internacional que deben ser concretadas por el Derecho interno o en una codificación internacional paralela a la legislación interna)?

4) ¿Qué mecanismo de aplicación debería emplearse (creación de un sistema internacional de justicia penal o imposición a los Estados de la obligación de ejecutar los mandatos del Derecho penal internacional a través de su sistema penal interno)?

5) ¿Cómo puede asegurarse la aplicación y ejecución de las sanciones concretas? (¿deberían ser determinadas las sanciones por el Derecho penal internacional y aplicadas por un aparato internacional, o habría de delegar el Derecho penal internacional esta función en los Estados?).

6) ¿Qué sanciones deberían preverse para el caso de incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones impuestas por el Derecho penal internacional (sanciones económicas, boicot)?

7) ¿Deberían establecerse normas de resolución de conflictos para los supuestos de fricciones entre los Estados acerca de las obligaciones impuestas por el Derecho penal internacional? (p. e., en caso de conflicto proveniente del no respeto por los Estados de sus obligaciones, ¿qué mecanismo de resolución de conflictos sería válido como paso previo a la aplicación de cualquier posible sanción?).

8) ¿De qué garantías jurídicas mínimas deberían disfrutar los individuos en un sistema internacional de justicia penal y en el sistema interno destinado a aplicar el Derecho internacional? (¿qué salvaguardas procedimentales deberían existir en esas actuaciones y cuál habría de ser la extensión del derecho a la defensa?).

9) ¿Cómo debería asegurarse el respeto a la ley? (p. e., ¿es necesario crear una fuerza de policía internacional mediante la expansión de la Interpol o lo que habría de fomentarse es la cooperación de los órganos de policía nacionales?).

10) ¿Cómo debe organizarse la cooperación judicial? (p. e., ¿mediante la unificación de procedimientos judiciales o por medio de la elaboración de tratados a ejecutar por la legislación interna y, por tanto, aplicados por los tribunales nacionales?).

La serie de problemas expuestos sirve para ilustrar no sólo la doble naturaleza del Derecho penal internacional, un híbrido entre el Derecho internacional y el Derecho penal, sino también el respectivo impacto de las ciencias operantes en el seno de las dos ramas señaladas (como son la Ciencia política y la Criminología). En ello reside la originalidad del Derecho penal internacional, mas, al mismo tiempo, de ahí provienen muchas de sus grandes dificultades. En efecto, la

originalidad reside en el intento de integrar dos disciplinas dispares y sus ciencias auxiliares en una única estructura. Pero, las dificultades son sintomáticas de los problemas inherentes a tal integración disciplinaria.

Los diversos enfoques existentes en el Derecho penal internacional pueden ser el resultado de la original dicotomía de sus componentes, pero también se deben a la existencia de diferencias metodológicas en cada una de las ramas que lo componen. Penalistas e internacionalistas se encuentran divididos entre dos metodologías principales: el enfoque histórico y el enfoque político.

El primer enfoque, como sugiere su denominación, pretende examinar y analizar el desarrollo de la disciplina en su devenir cronológico, destacando su progresión como cuerpo recolector de prácticas y costumbres. El segundo, adopta un modelo teórico dado y reúne en torno al mismo las diversas prácticas históricas. En gran medida, el primer método es más descriptivo de la *lex data*, mientras que el segundo se orienta hacia la *lex ferenda*. Es por ello que los partidarios del método histórico han contribuido en poco al desarrollo del Derecho penal internacional, mientras que, por su parte, los representantes del enfoque político han sobrepasado a menudo su nivel de crecimiento aceptable. Esto no es inhabitual en una rama del Derecho que se encuentra todavía en estado de formación. No obstante, se trata de una situación que pone de manifiesto cierta debilidad de la disciplina y que, combinada con otros factores, ha contribuido al desarrollo lento e irregular del Derecho penal internacional y, en particular, de su efectiva aplicación. De todos modos, es importante resaltar que, contrariamente a lo sucedido en otras ramas, el Derecho penal internacional no ha atraído todavía la atención de los historiadores del Derecho y, por consiguiente, sus antecedentes permanecen dispersos en las obras de intelectuales de diferentes formaciones. Descuido benigno que ha favorecido el carácter fragmentario de la disciplina naciente.

Por otro lado, la doble naturaleza del Derecho penal internacional posibilita la existencia de dos definiciones de la disciplina. La definición que se propone en relación con los aspectos penales del Derecho internacional es:

«Los aspectos del sistema jurídico internacional que regulan a través de obligaciones jurídicas internacionalmente asumidas, las conductas cometidas por individuos, personalmente o en su calidad de representantes o por colectividades, que violan prohibiciones internacionalmente definidas para las que se prevé una sanción penal.»

La definición propuesta en razón a los aspectos internacionales del Derecho penal es:

«Los aspectos del sistema jurídico internacional e interno que regulan la cooperación internacional en materias penales en relación con los individuos que cometen infracciones de la legislación penal de un Estado dado.»

Las dos definiciones se encuentran interrelacionadas, especialmente, en la medida en que la primera depende de la segunda para su aplicación efectiva. Pero, para unir ambos aspectos se requiere adoptar un enfoque diverso, que distinga al Derecho penal internacional sustantivo del Derecho penal internacional adjetivo (129). El primero, referido a las violaciones sustantivas específicas, y el segundo, comprensivo de los compromisos colectivos y de cooperación que se consideran necesarios para hacer cumplir y ejecutar aquellas prescripciones. El *excursus* histórico realizado en la primera parte de este artículo demuestra que este enfoque es el más adecuado para el correcto desarrollo y crecimiento de la disciplina.

III.—JUICIO CRITICO ACERCA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: LA NECESIDAD DE UN CODIGO PENAL INTERNACIONAL Y DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

El Derecho penal internacional sustantivo se ha desarrollado esencialmente a través de una serie de áreas, cada una con su evolución propia, y que han culminado finalmente en la aprobación de un convenio multilateral definidor del delito internacional en cuestión y determinante del deber de su sanción por los Estados signatarios. De un modo semejante, el Derecho penal internacional adjetivo es el producto de convenios multilaterales por medio de los cuales se han impuesto ciertos deberes y normas de cooperación internacional a los Estados signatarios. Junto a ello, el Derecho penal internacional, sustantivo y adjetivo, se ha desarrollado también a través de tratados bilaterales y del Derecho penal interno de los Estados que, de este modo, han prestado su apoyo para su aceptación por la comunidad mundial.

El camino seguido por el Derecho penal internacional ha sido el definir, en primer lugar, un delito internacional a través de convenios multilaterales y delegar, seguidamente, la aplicación del convenio y la imposición de las sanciones previstas para el delito, en el Derecho penal interno de los Estados que acepten las normas en cuestión. Hasta la fecha, sólo una vez se ha intentado la fijación de sanciones específicas para delitos internacionalmente definidos: en 1971 en el Convenio de Montreal sobre sabotaje aéreo, que no se encuentra en vigor (130). En todos los demás casos no se han previsto sanciones por la violación del Derecho penal internacional, ni para los crímenes contra la paz, las infracciones de las reglamentaciones de conflictos armados (normas consuetudinarias, infracciones de los cuatro Convenios de Ginebra y

(129) Este es el camino seguido por el autor en Bassiouni y Nanda I y II, *supra cit.*, n. 11, en el que el subtítulo del primer volumen es «Delitos y Penas» y el del segundo «Jurisdicción y Cooperación».

(130) *Supra*, n. 113.

demás convenios prohibidores del uso de ciertas armas), o los crímenes comunes contra la Humanidad.

Hasta el momento presente, por tanto, el Derecho penal internacional se ha desarrollado a través de tratados que meramente definían una serie de delitos y establecían el deber de los Estados (que pactaban su sometimiento a los mismos) de perseguirlos conforme a su legislación interna (exigiendo, en consecuencia, la incorporación de tales delitos al ordenamiento jurídico interno) o conceder la extradición de sus autores a los Estados dispuestos a hacerlo (131). Este sistema de control, que no reposa sobre una estructura de ejecución supranacional, puede calificarse como un «sistema de control indirecto» (132).

Las dificultades más importantes que presenta son: 1) sólo obliga a los Estados a actuar en conformidad con las obligaciones asumidas en los tratados; 2) no se crea ninguna autoridad superior a los Estados que asegure el cumplimiento de tales obligaciones; 3) tampoco se establecen mecanismos para la resolución de los conflictos que surjan entre los Estados; 4) ni se articulan garantías para los individuos objeto de las relaciones de cooperación entre Estados en este campo; 5) no existe una estructura global unitaria; 6) no se dispone de reglas generales o de modelos para la redacción de las disposiciones tipificadoras específicas; 7) ni se prevén modelos uniformes o reglas generales aplicables a las previsiones específicas de las diversas infracciones; 8) no existe una política criminal definida; 9) no existe ningún sistema de aseguramiento de la aplicación efectiva de las normas de los tratados por parte de los encargados de su ejecución; 10) la aplicación y sanción resulta, por tanto, incompleta y se encuentra sujeta a las consideraciones de política interna que puedan afectar al Estado encargado de la aplicación.

En suma, reúne en torno a sí todas las dificultades e insuficiencias inherentes al Derecho internacional y, además, presenta los defectos típicos de un enfoque criminalizador asistemático, que agrupa de manera indiscriminada diversas prohibiciones normativas que tienen muy poco en común y que no se encuentran informadas ni por un sistema global ni por reglas generales (133) (p. e., tiene muy poco en cuenta, en relación con las infracciones, las reglas tradicionales de la legalidad, en particular del *nullum crimen, nulla poena sine lege*) (134). Así, el Derecho Penal Internacional, que se pretende una combinación de las características más destacadas del Derecho internacional y el Derecho penal, sólo ha conseguido, hasta ahora, combinar sus peores aspectos.

La creación de un sistema internacional de justicia penal parece factible en un próximo futuro, pero su realidad dependerá de la dispo-

(131) Vid. *supra* las notas y el texto relativos al sistema de control internacional de drogas y estupefacientes y al control del secuestro de aeronaves.

(132) Una propuesta de este tipo fue realizada por el autor en BASSIOUNI, *supra cit.*, n. 98, y en BASSIOUNI, «Transnational Control of Narcotics», 1972 *Proceedings of the American Society of International Law*, p. 227.

(133) Véase McDougal y Feliciano, *supra cit.*, n. 1.

(134) Vid. *supra*, n. 71.

sición política de los Estados en orden a la creación de un sistema de este tipo. De todos modos, las líneas de evolución actual indican que la creciente cooperación internacional dará al Derecho penal internacional un gran empuje, particularmente respecto de la cooperación entre Estados en materias referentes al Derecho penal interno. En efecto, dado que van reduciendo o eliminándose las restricciones de viaje y residencia en la mayor parte de los países del mundo y continúa incrementándose la movilidad de la población entre los Estados, parece obvio que en un futuro próximo se incrementen las relaciones de cooperación de los Estados en el campo de la lucha contra la criminalidad común. Al mismo tiempo, dada la mayor frecuencia en la comisión de ciertos delitos comunes internacionales (p. e., piratería aérea, secuestro, tráfico internacional de drogas, tortura, etc.) habrán de buscarse medios más efectivos para su prevención, control y represión. A estos efectos, el sistema seguirá siendo el mismo: el Derecho penal internacional continuará apoyándose sobre el orden jurídico interno para la aplicación de las sanciones penales y sobre el orden jurídico internacional para proveerse de los medios que permitan exigir a un determinado sistema nacional que lleve a cabo aquella tarea (p. e., ampliando el ámbito de aplicación del principio de competencia universal, exigiendo la persecución o imponiendo el deber de extradición y desarrollando nuevas normas sobre extradición y cooperación en materias penales). Puesto que todas las fuentes y aspectos del Derecho penal internacional conducen finalmente al derecho o deber del Estado de procesar (por delitos internacionalmente perseguidos en base al principio de competencia universal) o, alternativamente, el deber de conceder la extradición a otro sistema interno para que lleve a cabo el procesamiento, parece que la única *civitas maxima* existente en la actualidad en el Derecho penal internacional es la que propuso Hugo Grocio en 1624: *aut dedere aut punire*, quizá con una pequeña alteración en el sentido de que debiera ser *aut dedere, aut judicare*.

En consecuencia, el futuro del Derecho penal internacional se encuentra probablemente más en las normas de acomodación que incrementan y mejoran la cooperación interestatal que en el desarrollo de un sistema internacional de justicia penal. Las razones de esto han sido ya expuestas por otros autores, incluso por aquéllos que propugnan un tal sistema de justicia (135). De todos modos, si un tal sistema llegara a establecerse el problema a plantear sería si habría de hacerse con anterioridad a la elaboración de un Código penal y procesal internacional o si este género de normas deben preceder a la decisión de creación de un tal sistema. Desde el punto de vista de la lógica, parece que la creación de la estructura ha de ser posterior a la de la sustancia. En este sentido, una estructura del tipo señalado podría requerir, en primer lugar, la codificación del Derecho penal internacional; pero, hasta ahora, a pesar de los esfuerzos realizados, en particular

(135) Vid. *supra*, n. 75.

el abandonado Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954 (136), tal Código no existe.

Por otra parte, son muchos los autores que apoyan la idea del establecimiento de un sistema internacional de justicia penal (137). Idea que no es, por supuesto, nueva, ni tampoco lo son las dificultades que plantea su creación. Esta estuvo muy cerca de lograrse tras la Primera Guerra Mundial, pero los Aliados no llegaron a ponerse de acuerdo acerca de muchas de las cuestiones que, todavía hoy, continúan siendo objeto de controversias. A resultas de ello, el procesamiento de los oficiales germanos se llevó a cabo en virtud de una solución de compromiso incorporada al Tratado de Versalles que estableció un «Tribunal especial» (art. 227) para el enjuiciamiento de Guillermo II de Hohenzollern, el Kaiser alemán. No obstante, este tribunal no llegó a constituirse porque los Países Bajos, donde el ex Kaiser se había refugiado, se negaron a entregarlo a los Aliados (138).

La idea fue examinada de nuevo por dos organizaciones no oficiales en el período entre guerras. La 34.^a Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, reunida en Viena en 1926, discutió, entre otras cosas, una serie de propuestas para la creación de un Tribunal Penal Internacional y acerca de los delitos a incluir en su ámbito de competencia, y en la 39.^a Conferencia, que se desarrolló en París, en 1936, se aprobó una declaración tendente a fijar la competencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en toda violación del «Tratado General de 1928 sobre la renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional» (el Pacto de Paz de París o Pacto Briand-Kellog). Estos esfuerzos no produjeron, con todo, el resultado esperado.

Un nuevo apoyo a la creación de un Tribunal Penal Internacional surgió en 1937, con el «Convenio para la Prevención y Represión del Terrorismo», firmado el 16 de noviembre de 1937 (139), que ordenó el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los actos de terrorismo, Veinticuatro Estados firmaron el Convenio del Terrorismo y treinta el Convenio para la creación del Tribunal Internacional. Sin embargo, nunca entró en vigor, puesto que no fue ratificado por el número de Estados requerido (140).

Durante la Segunda Guerra Mundial, una vez que los Aliados

(136) Vid. *supra*, n. 76. Véase también «Draft Convention for the Prevention and Suppression of Torture», 48 *Revue Internationale de Droit Pénal* (1978) (n.ºs 3-4), 267.

(137) Vid. *supra*, n. 57, y ZUBKOWSKI, «The Creation of International Criminal Court», en M. C. BASSIOUNI, *supra cit.*, n. 114. Para un amplio abanico de opiniones, cfr. GREING y MARCUS en 35 *Revue Internationale de Droit Pénal* (1964), número especial sobre la creación de un Tribunal Penal Internacional.

(138) Véase *supra*, n. 56. Vid., también, GREEN, «An International Criminal Code—Now?», 3 *Dalhousie Law Journal* (1976), 560, 561; RADIN, «International Crimes», 32 *Iowa Law Review* (1946), 33, 46; DINSTEN, «International Criminal Law», 5 *Israel Year Book of Human Rights* (1975), 55, 72.

(139) *League of Nations Official Journal* (1938), 23.

(140) Vid. *supra*, n.ºs 75 y 137.

tomaron las riendas de los acontecimientos, se consideró oportuno que aquéllos que habían iniciado y desarrollado la guerra y cometido crímenes de guerra u otros delitos fueran llevados a juicio y castigados. Esta idea se plasmó en la Declaración de los Aliados de Moscú, de 30 de octubre de 1943. Consiguientemente, la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945 creó el Tribunal Militar Internacional para el Enjuiciamiento de los más importantes criminales de guerra de Europa, en Nuremberg, competencia que, en Asia, le correspondió al Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, sito en Tokio (141). Estos dos tribunales se convirtieron, así, en los dos únicos precedentes existentes hasta la fecha.

Por parte de las Naciones Unidas se han hecho también importantes esfuerzos, en tiempos pasados, para promover la creación de un Tribunal Penal Internacional. Así, en diciembre de 1948, siguiendo el precedente del recientemente aprobado Convenio de Genocidio, que disponía la persecución alternativa de tales delitos por tribunales internacionales, en el supuesto de que fueran creados, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que estudiara las posibilidades de creación de un Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de las personas acusadas de genocidio y otros delitos sobre los que se le concediera competencia a través de convenios internacionales. En 1951, fue aceptado por los miembros de la Comisión un Proyecto de Estatuto de este Tribunal y se elevó un informe a la Asamblea General en 1952. Esta adoptó una resolución por la que se creaba una Comisión sobre la Jurisdicción Penal Internacional, encargada de estudiar las consecuencias de la creación de un Tribunal de este tipo, los diversos métodos para llevarlo a cabo y las relaciones que deberían existir entre ese tribunal y las Naciones Unidas. En 1953 se finalizó la revisión del Proyecto de Estatuto y el Comité informó a la Asamblea General sobre el tema en 1954 (142). Sin embargo, ésta pospuso *sine die* toda consideración acerca del tema de la jurisdicción penal internacional.

Conforme a la Resolución 1.187 (XII) de 1957, la Asamblea General pospuso la discusión sobre el Tribunal Penal Internacional hasta que se llegara a un acuerdo sobre la definición de la agresión. En 1967, se creó un Comité Especial sobre la Definición de la Agresión por la Asamblea General que, finalmente, en 1974, dio cuenta de haber completado su tarea (143). En consecuencia, dado que el obstáculo aparentemente principal para la creación de un tribunal penal internacional ha sido superado, el Proyecto de Estatuto de 1953 podría ser presentado de nuevo a la Asamblea General. Ciertamente, esto es posible, pero parece poco probable que suceda. La creación de un tribunal de este tipo supone el desarrollo de toda una estructura interna-

(141) Vid. *supra*, «Persecución de las Infracciones de las Leyes de la Guerra» y sus correspondientes notas (51-81).

(142) Para la historia de la creación de un Tribunal Penal Internacional vid. *supra*, n.º 75 y 137.

(143) Véase *supra*, n. 28.

cional para la administración del nuevo sistema de justicia penal que resulta altamente difícil en la situación política y económica vigente. Además, exigiría elaborar un Código penal internacional, que, a la vista de las posiciones políticamente divergentes de los Estados acerca de diversos delitos internacionales (p. e., terrorismo, piratería aérea y otros), no parece pueda conseguirse en un futuro cercano. Seguramente, si el Tribunal propuesto tuviera por objeto la solución de conflictos de competencia entre Estados o la decisión de conflictos de extradición, sus posibilidades de éxito serían mucho más amplias.

En cualquier caso, mientras continúe privándose al Derecho penal internacional de una estructura supranacional, éste seguirá desarrollando su «sistema de control indirecto» actual (144). Al mismo tiempo, sus prohibiciones normativas llegarán a ser más específicas y el deber de los Estados de cumplimiento de sus obligaciones internacionales se fortalecerá. Esta etapa de la evolución se caracterizará también por una mayor penetración del Derecho penal internacional en los sistemas jurídicos internos, paralela a la necesidad de incremento de la cooperación internacional. A su vez, los estudiosos continuarán dando al Derecho penal internacional una mayor cohesión y mejor orientación (145). El Proyecto de Código internacional (145 bis) suscitará el interés internacional. Probablemente se desarrollarán estudios más específicos y detallados en materias como la Criminología internacional, la Justicia penal comparada, sistemas de armonización de la justicia penal, normas y procedimientos y nuevas vías de cooperación internacional. El desarrollo de estas áreas brindará una nueva dimensión al Derecho penal internacional, pero conllevará también cierta inestabilidad temporal del objeto de la disciplina, su estructura, fines y métodos. Por todo lo cual, el Derecho penal internacional continuará siendo tanto un reto como una esperanza para los estudiosos y las personas interesadas que se esfuerzan en contribuir a la paz y seguridad de la Humanidad a través de esta disciplina.

El análisis histórico y el comentario llevados a cabo en este artículo ponen de manifiesto que el Derecho penal internacional se ha desarrollado por vía acordada de un modo compartimentalizado, al

(144) Esto puede observarse en los tratados sobre piratería aérea y control de drogas, que exigen a los Estados «procesar» o «extraditar».

(145) Entre las obras generales recientes están D. OEHLER, *Internationales Strafrecht* (1974); BASSIOUNI y NANDA I y II, *supra cit.*, n. 11; S. PLAWSKI, *Etude des Principes Fondamentaux du Droit Pénal International* (1972); C. LOMBOIS, *Le Droit International Pénal* (1979); B. DE SCHUTTER, *A Bibliography on International Criminal Law* (1972); y S. GLASER, *Droit Pénal International Conventionnel* (1970). Además de los numerosos estudios de Donnedieu de Vabres, Pella, Glaser, Jescheck y otros, citados en este artículo, vid., también, autores anteriores, como M. TRAVERS, *Le Droit Pénal International et sa mise en oeuvre en temps de Paix et en temps de Guerre*, 5 vols. (1920-22); F. MEILI, *Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts* (1910), y A. HEGLER, *Prinzipien des internationale Strafrechts* (1906).

(145 bis) Se refiere el autor al Proyecto de Código Penal Internacional preparado por él mismo, y presentado a las Naciones Unidas en 1979, que aparece publicado en BASSIOUNI, CH., *International Criminal Law, supra cit.*, n. (*) (N. del T.).

haber sido regulado cada uno de sus aspectos por uno o varios convenios en un período de tiempo dado y sin ninguna relación con el desarrollo habido en áreas conexas. En consecuencia, se ha producido un desarrollo en cierto número de materias, pero de manera descoordinada, lo que ha dado como resultado la carencia de la necesaria consistencia, cohesión y uniformidad. Para remediarlo, es preciso realizar un esfuerzo de codificación progresiva. En esta línea, el Proyecto de Código podría servir como modelo para los Estados que adopten o incorporen normas de Derecho penal internacional en sus Derechos internos, o como un Código penal sustantivo para su aplicación por un Tribunal Penal Internacional, en el caso de que este Tribunal fuere efectivamente creado.