

sesión), se incluyeron para tener en cuenta las situaciones que pueden surgir a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la segunda parte y en las que un tercer Estado puede verse implicado en una contramedida. Sir Ian Sinclair (*ibid.*) ha dado a entender que convendría especificar más claramente en los artículos mismos el carácter supletorio de las normas enunciadas en los artículos 1 a 4, y ese aspecto quizá merezca ser examinado en el Comité de Redacción.

51. Ha habido partidarios y adversarios de las notificaciones a que se refieren los artículos 1 y 2. La primera notificación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1, es útil en el sentido de que se debe pedir concretamente al Estado que presuntamente ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que desista, que dé reparación o que adopte medidas para impedir la repetición del hecho. La referencia a «los motivos en que se fundan» pone de manifiesto que la notificación debe indicar los hechos y las normas en que se basa. Tal notificación daría al Estado que supuestamente hubiera cometido el hecho —que quizá no esté enterado siquiera de la situación— algún tiempo, por lo menos, para examinar la cuestión y decidir cuál debe ser su reacción. La segunda notificación a tenor del artículo 2 es de carácter totalmente diferente; es obvio que el Estado supuestamente autor del hecho tiene derecho a ser notificado de las contramedidas que el otro Estado se proponga adoptar. Ambas notificaciones también pueden hacerse al mismo tiempo, pero sólo en casos de especial urgencia. En su opinión, una mera nota de protesta por la que se reserven todos los derechos no constituye en modo alguno una notificación.

52. También se ha criticado la expresión «especial urgencia», que figura en el párrafo 1 del artículo 2. Es extraordinariamente difícil definir esa expresión, pero un buen ejemplo es el del artículo 10 de la segunda parte, ya que las medidas cautelares adoptadas unilateralmente por un Estado suelen ser muy urgentes. Además, con arreglo al procedimiento previsto, sería posible controlar la aplicación del artículo 2 y conseguir que los Estados no recurrieran con excesiva precipitación a las medidas de reciprocidad o de represalia.

53. El Sr. Calero Rodrigues (*ibid.*) ha señalado acertadamente que las obligaciones con arreglo al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas existen con anterioridad al nacimiento de cualquier controversia; no se tiene ciertamente el propósito, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 3, de dar pie al razonamiento *a contrario* según el cual, si no se tiene la intención de adoptar ninguna otra medida, no es necesario resolver la controversia. La cuestión de si esto debe enunciarse expresamente es también una cuestión de redacción.

54. Varios miembros opinan que el plazo de 12 meses señalado para que los procedimientos enunciados en el proyecto de artículo 4 puedan surtir efecto es demasiado largo. Ahora bien, el artículo 4, leído en relación con el párrafo 1 del artículo 2, tiene por efecto establecer que, aunque se adopten contramedidas, deben investigarse las posibilidades de llegar a una solución pacífica de la controversia conforme a lo dispuesto en el Artículo 33 de la Carta. Esto, por supuesto, necesitaría mucho tiempo y, a su juicio, el artículo 4 es bastante flexible para permitir una solución práctica. La jurisdicción obligato-

ria de la CIJ, con arreglo a lo establecido en los apartados *a* y *b* del artículo 4, también ha sido criticada, pero la Corte ejercería jurisdicción en un campo muy limitado. También es importante recordar que el *ius cogens* es un elemento fundamental en todas las relaciones convencionales; como tal interesa a toda la colectividad internacional y, por consiguiente, incumbe al órgano judicial de esa colectividad conocer de esas cuestiones.

55. Como ha advertido el Sr. Reuter, el anexo de la tercera parte es algo diferente del anexo de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En primer lugar, los párrafos 3 y 4 de dicho anexo no figuran en el de la Convención de Viena. No se trata, sin embargo, de una cuestión de fondo y, por lo tanto, puede examinarse en el Comité de Redacción. La segunda diferencia estriba en los gastos del procedimiento de conciliación. Es evidente que son las partes, y no las Naciones Unidas, las que habrán de sufragar esos gastos. Ese extremo, asimismo, se puede examinar más adelante.

56. El Sr. Sucharitkul (1954.ª sesión) se ha referido al artículo 12 de la segunda parte, que versa sobre el *ius cogens* y la situación con respecto a las inmunidades diplomáticas, y ha preguntado si existen otras normas análogas. El Relator Especial no ha conseguido descubrir ninguna, pero quizá otros puedan hacerlo, y ponerlas en conocimiento del Comité de Redacción. El Sr. Sucharitkul ha señalado también que el Artículo 33 de la Carta menciona el recurso a organismos o acuerdos regionales, como la ASEAN, como medio de solución de las controversias. Ese punto queda comprendido en la remisión al Artículo 33 de la Carta que se hace en el párrafo 1 del artículo 3 del proyecto.

57. El Sr. Ogiso (*ibid.*) desearía que la tercera parte fuera mucho más amplia, pero no es posible establecer un sistema de solución obligatoria de las controversias que abarque todos los casos posibles. En particular, el Sr. Ogiso, según ha creído comprender el Relator Especial, ha dicho en relación con el proyecto de artículo 5 que, en caso de represalias, la controversia siempre debe someterse a conciliación. También en este caso es muy dudoso que los Estados estén dispuestos a aceptar esa idea.

58. El Relator Especial cree haber tratado la mayoría de las principales cuestiones planteadas durante el debate y se disculpa por no haber podido, por falta de tiempo, abordar las cuestiones de detalle. La Comisión, para expresar su acuerdo general con el planteamiento adoptado, podría remitir los proyectos de artículos 1 a 5 de la tercera parte al Comité de Redacción, aunque, por supuesto, éste no tendrá tiempo para examinarlos en el presente período de sesiones.

59. Tras un cambio de impresiones, en el que participan el Sr. FRANCIS, el Sr. BARBOZA, el Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, Sir Ian SINCLAIR y el Sr. JACOVIDES, el PRESIDENTE propone que la Comisión remita al Comité de Redacción la tercera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

1957.ª SESIÓN

Lunes 2 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Huang, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Jagota, Sr. Koroma, Sr. Laclata Muñoz, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Thiam.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ [A/CN.4/387², A/CN.4/398³, A/CN.4/L.398, secc. B. ILC(XXXVIII)/Conf.Room Doc. 4 y Corr.1 a 3]

[Tema 5 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su cuarto informe (A/CN.4/398) junto con los proyectos de artículos que en él figuran y que dicen lo siguiente:

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

TÍTULO I.—DEFINICIÓN Y TIPIFICACIÓN

Artículo 1.—Definición

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

Artículo 2.—Tipificación

La tipificación de un hecho como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, de conformidad con el derecho internacional, es independiente del ordenamiento interno. El hecho de que una acción u omisión sea o no punible en el derecho interno no prejuzga esa tipificación.

TÍTULO II.—PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3.—Responsabilidad y sanción

Toda persona que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenida por responsable e incurrirá en una pena.

Artículo 4.—Infracción universal

1. El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una infracción universal. Todo Estado en cuyo territorio haya sido detenido el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene el deber de juzgarlo o de conceder su extradición.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no prejuzga la cuestión de la existencia de una jurisdicción penal internacional.

¹ El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones en 1954 [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693), págs. 11 y 12, párr. 54] se reproduce en *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), pág. 8, párr. 18.

² Reproducido en *Anuario...* 1985, vol. II (primera parte), pág. 65.

³ Reproducido en *Anuario...* 1986, vol. II (primera parte).

Artículo 5.—Imprescriptibilidad

El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es, por naturaleza, imprescriptible.

Artículo 6.—Garantías jurisdiccionales

Toda persona acusada de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene derecho a las garantías reconocidas a todo ser humano y, en especial, a un juicio imparcial en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho.

Artículo 7.—Irretroactividad

1. Nadie será condenado por una acción u omisión que, en el momento de cometerse, no constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, nada impedirá el enjuiciamiento ni el castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de cometerse, tenga carácter criminal en virtud de los principios generales del derecho internacional.

Artículo 8.—Excepciones al principio de la responsabilidad

Salvo la legítima defensa en caso de agresión, el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no podrá invocar, en principio, ninguna excepción. Por consiguiente:

a) El carácter público del autor, y en especial el hecho de que sea jefe de Estado o de gobierno, no le eximirá de la responsabilidad penal;

b) La coacción, el estado de necesidad o la fuerza mayor no eximirán al autor de la responsabilidad penal, salvo que haya obrado bajo la amenaza de un peligro grave, inminente e irremediable;

c) La orden de un gobierno o de un superior jerárquico no eximirá al autor de la responsabilidad penal, salvo que haya obrado bajo la amenaza de un peligro grave, inminente e irremediable;

d) El error de derecho o de hecho no eximirá al autor de la responsabilidad penal a menos que, en las circunstancias en que se hubiere cometido, tuviere para éste carácter invencible;

e) En todo caso, ninguna de las excepciones previstas en los apartados b, c y d eliminará la infracción:

i) si el hecho que el autor alegare en su descargo viola una norma imperativa de derecho internacional;

ii) si en el hecho que el autor alegare en su descargo hubiere intervenido culpa de aquél;

iii) si el interés sacrificado fuere superior al interés protegido.

Artículo 9.—Responsabilidad del superior jerárquico

El hecho de que una infracción haya sido cometida por un subordinado no eximirá a sus superiores de la responsabilidad penal, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer una infracción, y si no adoptaron todas las medidas prácticamente posibles a su alcance para impedir o reprimir tal infracción.

CAPÍTULO II

CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

Artículo 10.—Categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad comprenden tres categorías de infracciones: los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra o [los crímenes cometidos con ocasión de un conflicto armado].

TÍTULO I.—CRÍMENES CONTRA LA PAZ

Artículo 11.—Actos constitutivos de crímenes contra la paz

Son crímenes contra la paz:

1. El hecho de que las autoridades de un Estado cometan un acto de agresión.

a) *Definición de la agresión*

- i) La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o de cualquier otro modo incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición;
- ii) NOTA EXPLICATIVA.—En esta definición, el término «Estado»:
- se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no Miembro de las Naciones Unidas;
 - incluye el concepto de un «grupo de Estados», cuando proceda.

b) *Actos constitutivos de agresión*

Sin que la enumeración sea exhaustiva, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

c) *Alcance de la presente definición*

- Nada de lo dispuesto en la presente definición se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza;
- Nada de lo establecido en esta definición, y en particular en el párrafo b, podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en particular los pueblos que están bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada.

2. El hecho de que las autoridades de un Estado recurran a la amenaza de agresión contra otro Estado.

3. El hecho de que las autoridades de un Estado intervengan en los asuntos internos o externos de otro Estado, en especial:

a) el hecho de alentar o tolerar en el territorio de un Estado el fomento de la guerra civil en otro Estado o cualquier otra forma de desórdenes o sublevaciones interiores;

b) el hecho de ejercer presiones, de adoptar o de amenazar con adoptar medidas coercitivas de índole económica o política contra otro Estado, a fin de obtener ventajas de cualquier índole.

4. El hecho de que las autoridades de un Estado cometan o alienen la comisión de actos terroristas en otro Estado, o la tolerancia por esas mismas autoridades de actividades organizadas con el fin de perpetrar actos terroristas en otro Estado.

a) *Definición de actos terroristas*

Se entiende por actos terroristas los actos criminales dirigidos contra otro Estado y destinados a crear un estado de terror en el ánimo de personalidades, de grupos de personas o del público en general.

b) *Actos terroristas*

Son actos terroristas:

- Los hechos dirigidos contra la vida, la integridad corporal o la salud de un jefe de Estado, de personas que ejerzan prerrogativas de jefe de Estado, de los sucesores hereditarios o designados de jefes de Estado, de los cónyuges de tales personalidades o de personas que desempeñan funciones o cargos públicos, cuando el hecho se haya cometido en razón de la función o cargo que esas personas desempeñan;
- Los hechos que tengan por objeto destruir o dañar bienes públicos o destinados a uso público;
- Los hechos destinados a poner en peligro vidas humanas mediante la creación de un peligro común y, en particular, el secuestro de aeronaves, la toma de rehenes y todas las violencias ejercidas contra personalidades que gocen de protección internacional o de inmunidad diplomática;
- El hecho de fabricar, obtener, poseer o proporcionar armas, municiones, productos explosivos o sustancias nocivas con miras a la ejecución de un acto terrorista.

5. El hecho de violar las obligaciones que incumben a un Estado en virtud de un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales, en especial mediante:

- prohibición de armamentos, desarme, restricciones o limitaciones de armamentos;
- restricciones del adiestramiento militar o de las construcciones estratégicas, u otras restricciones del mismo carácter.

6. El hecho de violar las obligaciones que incumben a un Estado en virtud de un tratado que prohíba el emplazamiento o los ensayos de armas en ciertos territorios o en el espacio, especialmente de armas nucleares.

7. El hecho de establecer o mantener por la fuerza una dominación colonial.

8. El hecho de reclutar, organizar, equipar y entrenar mercenarios o de proporcionarles medios para que atenten contra la independencia o la seguridad de los Estados, o el hecho de obstaculizar las luchas de liberación nacional.

Se entiende por mercenario toda persona:

- que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
- que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
- que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa parte;
- que no sea nacional de una parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una parte en conflicto;
- que no sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto;
- que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es parte en conflicto.

TÍTULO II.—CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Artículo 12.—Actos constitutivos de crímenes contra la humanidad

Son crímenes contra la humanidad:

1. El genocidio, es decir, todo acto perpetrado con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, en especial:

- la matanza de miembros del grupo;

- ii) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- iii) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que haya de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- iv) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- v) el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

2 (PRIMERA VARIANTE). El *apartheid*, es decir, los actos definidos en el artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973, y, de manera general, la institución de todo sistema de gobierno basado en la discriminación racial, étnica o religiosa.

2 (SEGUNDA VARIANTE). El *apartheid*, que incluye las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional, por el que se entiende los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente:

a) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona:

- i) mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;
- ii) mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- iii) mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

b) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c) Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

d) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a los miembros de los mismos;

e) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f) La persecución de las organizaciones y las personas que se oponen al *apartheid* privándolas de derechos y libertades fundamentales.

3. Los actos inhumanos, tales como, sin que la enumeración sea exhaustiva, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales.

4. Toda violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la preservación del medio humanos.

TÍTULO III.—CRÍMENES DE GUERRA

Artículo 13.—Definición de crimen de guerra

PRIMERA VARIANTE

a) Es crimen de guerra toda infracción grave de las leyes o usos de la guerra;

b) Para los efectos del presente Código, se entiende por «guerra» todo conflicto armado internacional o no internacional, tal como se define en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, y en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I adicional a esos Convenios, de 8 de junio de 1977.

SEGUNDA VARIANTE

a) Definición de crimen de guerra

Es crimen de guerra toda infracción grave de los convenios, normas y usos aplicables a los conflictos armados internacional o no internacionales.

b) Actos constitutivos de crímenes de guerra

Son crímenes de guerra, en particular:

- i) Los atentados graves contra las personas y los bienes y, en especial, el homicidio intencional, la tortura, los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción o la apropiación de bienes no justificadas por las necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita o arbitraria;
- ii) El uso ilícito de armas y, en especial, de armas que, por su naturaleza, afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares, de armas de efectos incontrolados y de armas de destrucción en masa (en particular, el primer uso del arma nuclear).

TÍTULO IV.—OTRAS INFRACCIONES

Artículo 14

Son también crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad:

A (PRIMERA VARIANTE). La conspiración para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

A (SEGUNDA VARIANTE). La concertación para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

B. a) La complicidad en un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad;

b) Se entiende por complicidad todo acto de participación, anterior o posterior al crimen, que tenga por objeto provocar o facilitar su ejecución o entorpecer la persecución de los autores de la infracción.

C. La tentativa de cometer cualquiera de los crímenes definidos en el presente Código.

2. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que su cuarto informe (A/CN.4/398), que abarca la totalidad de la materia, consta de cinco partes dedicadas a los crímenes contra la humanidad, a los crímenes de guerra, a las infracciones conexas u otras infracciones, a los principios generales y al proyecto de artículos, respectivamente.

3. Si bien en un principio el concepto de «crimen contra la humanidad» se relacionaba con los crímenes de guerra, en particular en el Estatuto y en los fallos del Tribunal de Nuremberg⁴, más tarde ese concepto adquirió una autonomía absoluta. Lo cual no quiere decir que no sea un concepto muy amplio, cargado de consideraciones morales y filosóficas que es difícil encerrar en una definición. Según el ángulo desde el cual se considere el problema, la palabra «humanidad» puede cambiar de sentido. Por ejemplo, puede designar el conjunto de la comunidad humana, la cultura y el humanismo, la dignidad humana o también el individuo como poseedor de los derechos humanos fundamentales y de los valores éticos fundamentales de la sociedad humana.

4. Ahora bien, del sentido que se dé a ese término depende la respuesta a la cuestión de si un «crimen contra la humanidad» debe tener necesariamente un carácter masivo. A ese respecto, los autores han expresado opiniones muy divergentes. Algunos estiman que lo que debe protegerse son los valores que encarna la persona hu-

⁴ Véase Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg—Historique et analyse*, memorando del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.7).

mana y que en la definición no debe tenerse en cuenta su carácter masivo. Por el contrario, para otros autores el crimen contra la humanidad supone un elemento de masa.

5. En cuanto a la jurisprudencia, también está lejos de ser uniforme. El Tribunal de Constanza resolvió, en aplicación de la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, que «el bien jurídico protegido por esta Ley es el hombre en su valor moral de ser humano con todos los derechos que le son manifiestamente reconocidos por el conjunto de los pueblos civilizados» (*ibid.*, párr. 14). La misma idea se encuentra en un fallo del Tribunal Supremo de la Zona Británica que, tras señalar que «la Ley N.º 10 se inspira en la idea de que existen en la esfera de las naciones civilizadas ciertas normas de conducta [...] que son tan esenciales para la coexistencia de la humanidad y la existencia de todo individuo que ningún Estado [...], puede dejar de reconocer» (*ibid.*), llegó a la conclusión de que toda violación grave de esas normas debía ser considerada como un crimen contra la humanidad aun cuando no presentase un carácter masivo. Por el contrario, los tribunales militares estadounidenses consideraron que el elemento masivo era parte integrante del crimen contra la humanidad, y que los casos aislados de atrocidades y de crueldad no debían quedar incluidos en la definición (*ibid.*, párr. 45).

6. El Comité Jurídico de la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crímenes de guerra, por su parte, estimó que «Los delitos aislados no entrañan la noción de crímenes contra la humanidad. En principio sería necesaria una acción masiva y sistemática, en particular si estuviese revestida de autoridad, para transformar un crimen de derecho común [...] en crimen de lesa humanidad [...]» (*Ibid.*, párr. 33.)

7. En cuanto a la CDI, parece considerar actualmente que el carácter masivo es un elemento necesario de este crimen, ya que el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁵ estipula en el apartado c del párrafo 3 que:

[...] un crimen internacional puede resultar, en particular:

[...]

c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano [...];

8. La definición de la palabra «crimen» plantea también dificultades. En derecho interno, tanto si se establecen dos categorías de infracciones (delitos y crímenes) como si se distinguen tres categorías (faltas, delitos y crímenes), la palabra «crimen» se refiere siempre a las infracciones más graves.

9. Pero en derecho internacional, originalmente la palabra «crimen» en la expresión «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» era una expresión genérica, sinónimo de infracción. En los estatutos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y de Tokio, así como en la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado, la palabra «crimen» abarca todas las infracciones, desde las leves a las más graves. A ese respecto, cabe señalar a la atención una sentencia del Tribunal Supremo de la Zona Británica pronunciada en apelación

de un juicio que, por razón de la pena infligida, que era leve, había calificado injustamente a la infracción como «delito contra la humanidad». El tribunal declaró que la palabra «crimen» en la expresión «crímenes contra la humanidad» era una expresión general que abarcaba hechos de gravedad variable (*ibid.*, párr. 18).

10. Posteriormente, la Comisión decidió que el término «crimen» debía aplicarse sólo a las infracciones más graves⁶.

11. En lo que se refiere a las diferentes categorías de crímenes contra la humanidad, el Relator Especial estima que la distinción que se hace entre el genocidio y los demás actos inhumanos en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, que la Comisión aprobó en 1954, está plenamente justificada. En efecto, a diferencia de los demás actos inhumanos el genocidio tiene necesariamente por finalidad destruir, en su totalidad o en parte, a un grupo humano. Así pues, debido a su carácter específico, conviene dedicarle un párrafo separado. También sería útil mantener los términos «nacional, étnico, racial o religioso» que se emplean en el proyecto de código de 1954. En efecto, esos términos corresponden a nociones que, aunque pueden superponerse parcialmente, no coinciden exactamente. Por ejemplo, un grupo nacional comprende muchas veces varias etnias diferentes y un grupo racial no se confunde con un grupo étnico. El vínculo étnico es esencialmente un vínculo cultural basado en valores de civilización, caracterizado por un estilo de vida, un modo de pensar y una misma concepción de la vida mientras que el elemento racial se refiere más bien a caracteres físicos comunes.

12. Desde 1954, nuevos crímenes, condenados por la totalidad de la comunidad internacional, han venido a añadirse a los enumerados en el párrafo 11 del artículo 2 del proyecto de código de 1954. Ese es el caso, en particular, del *apartheid*, que es un crimen concreto basado en un sistema de gobierno y que por ello debe ser objeto de un párrafo separado.

13. También es el caso de los atentados graves contra el medio humano, al que el Relator Especial se propone dedicarle un párrafo separado. Ese párrafo que está redactado basándose en el modelo del apartado d del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, trata únicamente de enunciar una norma primaria, ya que las cuestiones concretas referentes al medio humano se rigen por diversas convenciones internacionales.

14. El concepto de «crimen de guerra» suscita problemas terminología, de fondo y de método. En lo que se refiere a la terminología, la palabra «guerra» no puede ser más adecuada. En efecto, la guerra, que antiguamente era un derecho, una manifestación de la soberanía, se ha convertido en un acto ilícito. Desgraciadamente la prohibición de la guerra no ha hecho desaparecer ese fenómeno. Así pues, la Comisión tiene la posibilidad de elegir entre dos soluciones. Puede mantener el término «guerra» modificando su definición y precisando que se entenderá por «guerra» todo conflicto armado internacional o no internacional, pero también puede sustituir el término «guerra» por la expresión «conflicto

⁵ Anuario... 1976, vol. II (segunda parte), pág. 94.

⁶ Anuario... 1983, vol. II (segunda parte), pág. 14, párrs. 47 y 48.

armado» que algunos autores emplean y que figura en diferentes instrumentos internacionales.

15. Los problemas de fondo se deben al hecho de que no es siempre fácil hacer una distinción entre «crimen de guerra» y «crimen contra la humanidad». Un mismo hecho puede ser a la vez un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad. Esa doble calificación, por lo demás, no deja de tener ventajas ya que la calificación de crimen contra la humanidad permite no dejar sin castigo actos a los que no se puede aplicar la calificación de crimen de guerra. Pero esas dos infracciones no tienen el mismo ámbito de aplicación. El crimen de guerra sólo puede ser cometido en tiempo de guerra, entre beligerantes, mientras que el crimen contra la humanidad puede cometerse en tiempo de paz y en tiempo de guerra. Además, si bien el crimen de guerra sólo puede ser cometido contra extranjeros, el crimen contra la humanidad puede ser cometido contra nacionales.

16. La última categoría de problemas se refiere al método que hay que seguir. ¿Debe la Comisión establecer una lista exhaustiva o una lista enumerativa pero no de carácter limitativo en los crímenes de guerra, o debe simplemente elaborar una definición general? En 1919, la Conferencia preliminar de la paz, encargada de elaborar la lista de las infracciones de las leyes y usos de la guerra cometidas por las fuerzas alemanas y aliadas durante la guerra de 1914-1918 preparó una lista que contenía 32 crímenes. En 1945 se volvió a tomar esa lista ampliándola un poco, pero sin llegar tampoco a ser exhaustiva. En el Estatuto del Tribunal de Nuremberg se habla de «violaciones de las leyes y usos de la guerra» que «comprenden, sin limitarse a ello, el asesinato, los malos tratos [...]» (apartado *b* del artículo 6). La Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado hace referencia a «las infracciones de las leyes y usos de la guerra, incluido, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, los malos tratos [...]» (apartado *b* del párrafo 1 del artículo II). En el proyecto de código de 1954 la Comisión optó por una definición muy general: «los actos cometidos violando las leyes o usos de la guerra» (párr. 12 del art. 2).

17. Así pues, el problema queda en pie. Para que la Comisión pueda elegir, el Relator Especial ha preparado dos proyectos de artículo 13. La primera variante sólo contiene una definición general, mientras que la segunda combina una definición general y una lista no limitativa de los crímenes de guerra. En el apartado ii) del párrafo *b* de la segunda variante, el Relator Especial, a fin de tener en cuenta las observaciones formuladas a ese respecto en el 36.º período de sesiones de la Comisión⁷, ha mencionado «el primer uso del arma nuclear», pero ha colocado esas palabras entre paréntesis. En efecto, se trata de una decisión política y, a su juicio, la Comisión sólo puede proponer varias soluciones. Corresponde a la comunidad internacional, es decir en este caso a la Asamblea General, decidir si es conveniente o no mencionar expresamente el empleo de ese tipo de arma.

18. En cuanto a las otras infracciones, el Relator Especial señala que el proyecto de código de 1954 incluía los conceptos de conspiración, complicidad, tentativa, etc., pero no se analizaban ni definían en ninguna parte.

19. En derecho interno, la complicidad tiene un contenido más o menos amplio según las legislaciones de que se trate. Por ejemplo, en el derecho francés ese término tiene un contenido restringido. En general, la acusación de complicidad no se admite respecto a actos posteriores a la infracción principal. Así pues, el encubrimiento es un delito diferente de la complicidad. En muchas otras legislaciones la complicidad también está limitada a actos anteriores o concomitantes respecto al acto principal. Por el contrario, en otros sistemas jurídicos, en particular en el derecho soviético y en el *common law*, la complicidad tiene un contenido ampliado. Se extiende a toda una serie de hechos posteriores al acto principal.

20. En derecho internacional, el concepto de complicidad se toma unas veces en un sentido restringido y otras en un sentido ampliado. Los estatutos de los tribunales militares internacionales parecen dar a la complicidad un contenido restringido distinguiéndola de ciertos conceptos similares. Así pues, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg hace una distinción entre cómplices y dirigentes, organizadores e incluso provocadores; el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente distingue también entre cómplices y jefes, organizadores e instigadores. En cuanto a la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado establecía varias categorías de perpetradores, haciendo una distinción entre el cómplice y quien ha «ordenado o facilitado» el crimen y el que ha «consentido» o también quien ha «ocupado respecto a ciertos crímenes una alta posición política, civil o militar [...] o un puesto importante en la vida financiera, industrial o económica [...]» (apartados *b*, *c* y *f* del párr. 2 del artículo II).

21. De la lectura de esos textos cabe preguntarse qué constituye complicidad. Pero hay que comprender que en aquella época sus autores estaban animados más bien por un deseo de eficacia que por un rigor jurídico. No había que dejar ningún hecho sin castigo. Junto a esa estrecha concepción de la complicidad, existe otra mucho más amplia en que la complicidad se extiende a los superiores jerárquicos, a los miembros de grupos o de organizaciones e incluso a los encubridores.

22. Al terminar la segunda guerra mundial, algunas legislaciones internas ampliaron el concepto de complicidad a fin de poder perseguir al superior jerárquico que había organizado, dirigido, ordenado o tolerado los actos criminales de sus subordinados. En virtud de los nuevos textos, se presumía la responsabilidad del superior jerárquico a menos que hubiese una prueba en sentido contrario.

23. En la jurisprudencia se encuentran decisiones en ese sentido. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el *Asunto Yamashita* (A/CN.4/398, párr. 109), había rechazado una petición de *habeas corpus* del General japonés Yamashita que permitió a sus tropas cometer crímenes sumamente graves, concluyendo: «Se trata de determinar si el derecho de guerra impone a un comandante en jefe del ejército la obligación de tomar las medidas adecuadas que estén a su alcance para controlar a las tropas bajo su mando, a fin de prevenir los actos concretos que constituyan violaciones del derecho de guerra que pueden ocurrir durante la ocupación de un territorio enemigo por fuerzas militares no controladas, y si se le puede hacer responsable por haber

⁷ *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 16, párr. 57.

omitido la toma de dichas medidas cuando, como resultado de dicha omisión, se hayan producido tales infracciones.» La respuesta del tribunal a esa cuestión fue afirmativa. El superior debe demostrar que no le fue posible impedir la comisión del crimen de que se trata. Asimismo, en el *Asunto de los rehenes* (*ibid.*, párr. 111), el Tribunal militar estadounidense decidió que un comandante de un cuerpo de ejército debe considerarse responsable de los actos cometidos por sus subordinados en la ejecución de sus órdenes y de los actos de los que tenía conocimiento o de los que debería haber tenido conocimiento. Este precedente se ha hecho incluso extensivo a los jefes de Estado y de gobierno.

24. El concepto de complicidad se ha ampliado a veces para incluir el ocultamiento de bienes. En el *Asunto Funk* (*ibid.*, párr. 113) el acusado, en su calidad de Ministro de Economía Nacional y Presidente del Reichsbank, había concertado un acuerdo en virtud del cual las SS entregaban al Banco estatal las joyas, objetos de oro y billetes de banco que habían pertenecido a los judíos exterminados. El Tribunal de Nuremberg estimó que Funk «o bien tenía conocimiento de todas las entregas que recibía el Reichsbank, o cerraba deliberadamente los ojos para ignorar lo que sucedía». La jurisprudencia en relación con el *Asunto Pohl* (*ibid.*, párr. 114) es todavía más explícita. El Tribunal militar estadounidense declaró: «El hecho de que Pohl no hubiera transportado él mismo los bienes robados, ni arrancado personalmente los dientes de los cadáveres de los internados en campos de concentración, no le exime de responsabilidad en absoluto. Se trataba de un vasto programa criminal, que exigía la cooperación de muchas personas, y el papel de Pohl era asegurar la vigilancia y la contabilidad del botín. Conociendo los fines ilícitos de la acción, y los crímenes que la acompañaban, su participación activa, incluso en las fases posteriores de la acción, le convierte en *particeps criminis* en todos los aspectos de la empresa criminal. Por último, la complicidad se ha hecho también extensiva a la calidad de miembro de una organización, y la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado la considera como una infracción autónoma (apartado e del párr. 2 del artículo II).

25. Si se acepta el concepto de complicidad ampliada, cabe preguntarse cuáles deben ser sus límites. El último párrafo del artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg se refería especialmente a «los cómplices que han participado en la elaboración o en la ejecución de un plan concertado o de un complot» y precisaba que las personas que hubieran participado en dicho plan eran «responsables de todos los actos realizados por todas las personas en la ejecución de este plan». Esta disposición planteaba un problema muy importante puesto que se inspiraba en el concepto de *conspiracy*. Ese concepto, característico del *common law*, tiene la particularidad de incluir dos tipos de responsabilidad diferentes: la responsabilidad individual de quien ha participado en el plan concertado, cuando se le puede imputar un acto preciso, y la responsabilidad colectiva de todos los que han participado en ese plan, hayan cometido o no algún acto. Por supuesto, el carácter específico de este concepto dividió a los miembros del Tribunal, que decidió en definitiva que la *conspiracy* no podía aplicarse en todos los casos. Estimó que la fórmula del último párrafo del artículo 6

no tenía por objeto añadir una infracción distinta de los crímenes anteriormente enumerados, [sino únicamente] determinar las personas responsables por su participación en un plan concertado*.

Fue incluso más lejos y descartó la acusación de *conspiracy* para los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, reteniéndola solamente para los crímenes contra la paz. En otros términos, el Tribunal relacionó pura y simplemente la *conspiracy* con un complot, haciendo de ella un crimen de gobernantes, pues sólo ellos podían perpetrar crímenes contra la paz.

26. El Relator Especial señala que se entra en una esfera en la que la mayor parte de los actos se emprenden o realizan conjuntamente y donde es muy difícil determinar los hechos precisos que pueden imputarse a cada uno. Cabe preguntarse si la preocupación por la eficacia justifica que se mantenga el concepto de responsabilidad colectiva. La Comisión es quien debe decidir al respecto. Por su parte, el Relator Especial ha preparado dos variantes del párrafo A del proyecto de artículo 14, proponiendo en la primera variante el concepto de complot y en la segunda el de participación en un acuerdo, es decir de *conspiracy*.

27. En lo que se refiere a la «tentativa» la Comisión deberá precisar también sus límites. En particular, tendrá que determinar si abarca los actos preparatorios y precisar qué se entiende por «comienzo de la ejecución».

28. Los principios generales que constituyen la parte IV del informe pueden clasificarse en diferentes categorías según se refieran a la naturaleza del crimen, a la calidad del delincuente, a la aplicación de la ley penal en el tiempo, a la aplicación de la ley penal en el espacio o a la determinación y al alcance de la responsabilidad.

29. Los principios relativos a la naturaleza del crimen no necesitan ninguna aclaración. Se trata de un crimen de derecho internacional. En cuanto a los principios relativos al delincuente internacional la primera cuestión que se plantea es la de determinar quién puede ser delincuente. Por haber decidido la Comisión que de momento se limitará a los crímenes cometidos por los individuos, el Relator Especial, sin prejuzgar acerca de la responsabilidad penal del Estado, ha considerado que el delincuente era el individuo y, en lo que se refiere a los principios relativos al delincuente como persona, ha previsto en el proyecto de artículo 6 que se le debían otorgar los derechos y garantías que los instrumentos internacionales pertinentes reconocen a todo ser humano que comparece ante una jurisdicción penal para responder de una infracción.

30. La aplicación de la ley penal en el tiempo pone en juego dos conceptos: el de la irretroactividad de la ley penal y el de la prescripción. En primer lugar, en lo que se refiere a la irretroactividad, el problema que se plantea es el de determinar si la norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* se aplica en derecho internacional. A juicio del Relator Especial sí se aplica, ya que lo que hay que tener en cuenta en esta expresión no es la forma sino el fondo. La palabra *lex* se utiliza en un sentido muy amplio y abarca tanto el derecho escrito como la costumbre y los principios generales de derecho. El

* Véase Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg...*, pág. 78.

hecho de que esta norma no este expresamente formulada en los paises de *common law*, tan respetuosos de los derechos humanos, no quiere decir que ignoren el fondo de la misma. Ademas, varios instrumentos internacionales, entre ellos la Convencion europea sobre derechos humanos⁹, enuncian esa norma pero precisando que no invalidara el juicio de las personas que hayan violado los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Asi pues, ese concepto se ha hecho extensivo a todo el conjunto del derecho y no solo al derecho escrito.

31 En lo que se refiere a la prescripcion, varias convenciones preven que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son imprescriptibles. Es conveniente, por otra parte, señalar que en derecho interno la prescripcion no es ni una norma general ni una norma absoluta. En efecto, muchos paises ignoran ese concepto y en aquellos en los que se utiliza hay excepciones. Por ultimo, muchas veces es considerada como una norma de procedimiento y no como una norma de fondo.

32 La aplicacion de la ley penal en el espacio pone en juego varios principios: el principio de la territorialidad de la ley penal que da competencia al juez del lugar del crimen, el principio de la personalidad de la ley penal que da competencia al juez de la nacionalidad del autor o al juez de la nacionalidad de la victima y el principio de la competencia universal que da competencia al tribunal del lugar de la detencion cualquiera que sea el lugar en que se ha cometido la infraccion. Por ultimo, puede existir un regimen que de competencia a una jurisdiccion penal internacional.

33 Dado que la cuestion de la creacion de una jurisdiccion penal internacional esta lejos de ser resuelta, seria preferible, sin que se prejuzge con ello la cuestion de la creacion de tal jurisdiccion, mantener por el momento el regimen de la competencia universal en lugar de combinar varios regimenes como se hizo despues de la segunda guerra mundial. Asi se evitaria una proliferacion de jurisdicciones.

34 La ultima categoria de principios se refiere a la determinacion y al alcance de la responsabilidad. La cuestion del alcance de la responsabilidad no se ha tratado aqui, ya que va unida a la de la aplicacion de la pena. Ahora bien, la Comision no ha decidido todavia si es conveniente incluir en el proyecto de codigo disposiciones relativas a las penas.

35 El principio en el que se basa la determinacion de la responsabilidad es el siguiente: todo acto delictivo implica la responsabilidad de su autor. Pero ese principio tiene varias excepciones, llamadas tambien «causas de justificacion». En efecto, ciertas circunstancias exoneran al acto delictivo de su caracter de infraccion penal. Tal es el caso de la coaccion, del estado de necesidad, de la fuerza mayor, del error, del cumplimiento de ordenes de un superior jerarquico, del caracter oficial del autor de la infraccion, de la legitima defensa y de las represalias.

⁹ Convencion europea para la proteccion de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma 1950) (Naciones Unidas *Recueil des Traités* vol 213 pag 221). Para una version espanola vease A. Truyol y Serra *Los documentos humanos* Madrid Tecnos 1977 pag 111.

36 Pese a las diferencias que existen entre esas excepciones, las de necesidad, de coaccion y de fuerza mayor estan sometidas a las mismas condiciones de fondo. Para que se admita la excepcion, es necesario en los tres casos que exista un peligro grave e inminente, que el autor no haya contribuido a que sobrevenga ese peligro y que no exista desproporcion entre el interes sacrificado y el interes protegido.

37 En cuanto al error, puede ser de dos tipos: el error de derecho o el error de hecho. En el primer caso el error se traduce en la representacion falsa de una norma de derecho y en el segundo en la representacion falsa de un hecho material. Es cierto que si dificilmente puede admitirse el error de derecho en derecho interno —ya que se supone que nadie ignora la ley— por el contrario en derecho internacional se plantea la cuestion de si un error de derecho puede ser considerado como una causa de justificacion, pues las normas de derecho internacional no son siempre precisas o han evolucionado, en particular en la esfera del derecho de la guerra.

38 En su cuarto informe (*ibid*, parr 208) el Relator Especial ha citado dos ejemplos tomados de la jurisprudencia de tribunales internacionales, de los que se desprende que esta parece orientarse hacia la aceptacion del error de derecho en ciertas hipotesis. No obstante, es preciso que el error haya sido insuperable y entonces es una cuestion de hecho que corresponde a la apreciacion del juez. Este debe examinar todas las circunstancias de derecho y de hecho que rodean la comision del supuesto acto ilicito para determinar si el error era efectivamente insuperable, lo que raramente se admite. Parece ademas que es necesario establecer en primer lugar que el autor del acto ha sometido su conciencia a una tension considerable y que, pese a ese esfuerzo, no ha podido darse cuenta de que cometia un error.

39 En general existe una categoria de crímenes en los que no se concibe el error, a saber, los crímenes de lesa humanidad. Por su definicion misma esos crímenes son de inspiracion racial, politica o religiosa. Asi pues, la intencion forma parte integrante del crimen mismo. Por ello es inconcebible que se pueda invocar el error en caso de crímenes de lesa humanidad ni tampoco la coaccion o el estado de necesidad.

40 Asimismo, el error de hecho ha sido aceptado en ciertas circunstancias cuando se ha demostrado que el error se habia cometido sin ninguna duda sobre la representacion de un hecho determinado y que el autor no pudo actuar de otra forma.

41 El problema de la orden del superior jerarquico debe examinarse atentamente por ser el argumento que se invoca con mayor frecuencia, sobre todo ante los tribunales militares e incluso al nivel jerarquico mas elevado, como es el caso de los antiguos ministros del Fuhrer, por ejemplo. Es normal que se invoque la orden del superior jerarquico para tratar de disculparse, ya que la disciplina militar exige la obediencia del soldado. En el caso de una orden ilicita, pueden presentarse varias hipotesis. El autor puede haber cumplido la orden ilicita con pleno conocimiento de causa, en tal caso es evidente que debiera ser perseguido por complicidad, pero tambien puede haber obedecido a una orden bajo el efecto de la coaccion o por error. Entonces se plantea la cuestion de si la orden del superior jerarquico constituye ver-

daderamente una excepción ya que en ciertos casos se confunde con la coacción y en otros con el error.

42. En el caso de la coacción es evidente que el que reciba una orden manifiestamente ilícita sin libertad para elegir entre obedecer o no, puede invocar la coacción y, si se reúnen todas las condiciones necesarias, puede ser declarado no culpable. Cabe entonces preguntarse acerca de la autonomía de esa excepción que se llama «orden del superior jerárquico». El Tribunal de Nuremberg dice a ese respecto:

[...] El criterio de la responsabilidad penal, que se encuentra bajo una forma u otra en el derecho criminal de la mayor parte de los países, no guarda la menor relación con la orden recibida. Reside en la libertad moral, en la facultad de decidir del autor del acto censurado¹⁰.

En consecuencia, ¿hay que mantener este concepto de cumplimiento de una orden del superior jerárquico? Además, el artículo 4 del proyecto de código de 1954 dispone que:

El hecho de que una persona acusada de un delito definido en este código haya actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no la eximirá de responsabilidad conforme al derecho internacional si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.

Así pues, cabe preguntarse qué es lo que constituye la causa de justificación, la orden o la coacción que acompaña a la orden.

43. Examinando la relación entre la orden recibida de un superior jerárquico y el error, el Relator Especial subraya que cuando esa orden no es manifiestamente ilícita, el autor puede haber ejecutado la orden de buena fe sin saber que era ilícita. Así pues, si se admite que el error ha sido cometido como consecuencia de un error previo, ¿dónde se encuentra la causa de justificación? ¿En la orden o en el error?

44. Pese a la duplicación que puede entrañar el argumento de la orden con el de la coacción y el del error, el Relator Especial ha dedicado un párrafo a la orden del superior jerárquico porque según todos los manuales de derecho internacional la causa de justificación es la orden del superior jerárquico. Ahora bien, si se analizan los hechos, se puede observar que la orden del superior jerárquico no constituye en sí una causa de justificación. Obedecer a una orden es tan normal como la orden misma, en favor de la buena marcha de un ejército, por ejemplo. Pero es cierto que el problema está en el grado de autonomía del concepto de orden del superior jerárquico.

45. En lo que se refiere a la calidad oficial del autor, en general se acepta que no puede servir de causa de justificación.

46. En cuanto a las represalias, el Relator Especial las menciona sólo porque en 1954 el precedente Relator Especial las defendió con ardor a condición de que se ejercieran de conformidad con los tratados internacionales y el derecho consuetudinario internacional. Posteriormente, la Comisión ha llegado a considerar las represalias armadas como contrarias al derecho internacional. En tiempo de paz se las considera como una agresión y en tiempo de guerra como una violación de las leyes y los usos de la guerra. Si la Comisión desea incluir las

represalias en el código de crímenes deberá precisar que, en principio, no están admitidas en el derecho internacional contemporáneo.

47. El Relator Especial tampoco ha dedicado un artículo separado a la legítima defensa porque ya está prevista en la Carta de las Naciones Unidas y se ha contenido con invocarla en el marco de un principio general.

48. Si se examinan las tres categorías de crímenes, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra se comprueba que las excepciones no se aplican de la misma forma a cada una de ellas. Es ésta una de las razones por las que el Relator Especial ha preferido abordar los principios generales después de que los miembros de la Comisión se hayan puesto de acuerdo sobre las definiciones relativas a esos crímenes. Se observa, en efecto, primero, que los crímenes de lesa humanidad no están sujetos a ninguna excepción, ya que su móvil es el racismo y el autor de tal crimen no puede invocar excepciones, por cuanto el móvil mismo es punible; segundo, que sólo hay una excepción aceptable en el caso de los crímenes contra la paz, a saber, la legítima defensa; y, tercero, que, por el contrario, los crímenes de guerra evidentemente pueden ser cometidos bajo el efecto de la coacción, por error o por estado de necesidad. No obstante, las mismas excepciones pueden prestarse a excepciones. El Relator Especial piensa, por ejemplo, en el caso de un agente de los servicios de información que asume determinadas responsabilidades y no puede invocar la coacción en las mismas condiciones que un simple soldado. Al aceptar la responsabilidad que le imponen sus funciones, el agente de los servicios de información debe, en cambio, sufrir una coacción que va más allá de lo que es humanamente aceptable.

49. El alcance de la responsabilidad corresponde a otra esfera, pero si la Comisión estima que el Relator Especial debe tratarla en el proyecto, lo hará de buen grado. Sin embargo, el Relator Especial ha preferido atenerse de momento a las normas primarias.

50. En cuanto al proyecto de artículos presentado en la quinta parte de su informe, el Relator Especial afirma que la cuestión de si hay que definir o no los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad ha sido tan ampliamente debatida en la Comisión y en la Sexta Comisión de la Asamblea General que le ha parecido necesario presentar al respecto nuevos proyectos de artículos sobre los cuales la Comisión tendrá que pronunciarse.

51. En cuanto a la definición de la agresión, el Relator Especial ha tenido en cuenta las críticas formuladas en el precedente período de sesiones¹¹, y a ha eliminado de la definición toda referencia a un órgano político. En particular, ha suprimido todo lo que se refería al Consejo de Seguridad y el artículo que propone tiene en cuenta la autonomía completa del juez en esa esfera en la que no entra ninguna consideración política.

52. En la definición de los crímenes, el Relator Especial ha tratado de no apartarse de las definiciones existentes y sobre todo de las convenciones existentes, salvo que algunas veces ha añadido en los textos pertinentes elementos nuevos relacionados con la evolución de la si-

¹⁰ Véase Naciones Unidas, *Le statut et le jugement du tribunal de Nuremberg...*, pág. 45.

¹¹ *Anuario...* 1985, vol. II (segunda parte), pág. 17, párr. 83.

tuación. El Relator Especial piensa en particular en el secuestro de aeronaves y en los actos cometidos contra las personas que gozan de una protección internacional. Ha procurado también no dejarse influir por casos particulares, al formular principios generales.

53. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que, como el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/398) es tan completo, plantea precisamente la cuestión de cuál sería la mejor forma de aprovechar la riqueza que contiene. Sin duda sería mejor que la Comisión dividiera la materia que se examina pero desearía saber la opinión del Relator Especial al respecto.

54. Sir Ian SINCLAIR señala que, dada la amplitud de las cuestiones tratadas en el excelente informe del Relator Especial, el tiempo de que dispone la Comisión no le permitirá dedicarle un examen completo y detallado. Desearía saber también si el Relator Especial tiene sugerencias que hacer sobre la forma de organizar el debate. Por ejemplo, la Comisión podría tratar ahora los principios generales (parte IV del informe) y quizá también las otras infracciones (parte III), reservando para el siguiente período de sesiones la parte I (crímenes contra la humanidad) y la parte II (crímenes de guerra).

55. El Sr. FRANCIS, habida cuenta de los debates anteriores de la Comisión sobre ciertos elementos de fondo de este tema y de la función esencial que tienen los principios generales en el conjunto del proyecto, propone que la Comisión empiece su labor por el examen de estos principios, discutiendo a la vez ciertas cuestiones de fondo.

56. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que no tiene ninguna objeción a que la Comisión empiece por el examen de los principios generales. Siempre dijo que el proyecto definitivo tendría una introducción y principios generales pero que para llegar a ese resultado tenía que seguir un proceso inverso. No obstante, dado que ahora puede presentar la totalidad del proyecto, es lo mismo empezar el examen del tema con los principios generales o con las infracciones conexas.

57. El Sr. BALANDA, por su parte, estima que la Comisión no podrá celebrar un debate útil sobre los principios generales hasta después de haber examinado la lista de los crímenes propuesta, ya que esos principios se aplican a los crímenes. Asimismo, la Comisión debería poder pronunciarse sobre la totalidad del cuarto informe del Relator General y no dejar para el año siguiente su decisión sobre una parte del mismo.

58. El Sr. CALERO RODRIGUES se inclina en favor de la opinión del Sr. Balanda, que corresponde al plan original del Relator Especial. En cuanto a si los principios generales deben examinarse antes o después, no tiene preferencias, pero insiste en que los principios generales y las otras tres partes del informe sean examinados durante el período de sesiones actual. Debe hacerse todo lo posible para terminar la primera etapa de los trabajos en la semana actual, de forma que la Comisión disponga de toda una semana para la segunda etapa.

59. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ dice que, con el acuerdo de la misma Comisión, el Relator Especial ha examinado los crímenes antes de ocuparse de los principios generales y lo ha hecho por razones de peso. Hay que tener en cuenta no sólo el punto de vista adoptado por el Re-

lator Especial respecto al tema, sino también otros tres argumentos totalmente válidos, es decir, la importancia del tema en sí, la importancia que la Asamblea General le ha dado, hasta el punto de examinarla separadamente del informe de la Comisión en la Sexta Comisión, y el hecho de que el cuarto informe del Relator Especial sea completo y se refiera a cuestiones de fondo. La Comisión debe olvidar que dispondrá de menos tiempo del acostumbrado para remitir a la Asamblea General un estudio detallado del proyecto de código y debe tratar de examinar el cuarto informe en su totalidad. La Comisión debería seguir las recomendaciones del Relator Especial y examinar los crímenes antes de centrar su atención en los principios generales, aun cuando dedique menos tiempo al examen de los demás temas de su programa.

60. El Sr. FRANCIS precisa que no propone que la Comisión examine sólo los principios generales sino que proceda a ese examen y que al mismo tiempo examine otras cuestiones evocadas en el informe. Señala que, en el anterior período de sesiones, 16 miembros de la Comisión insistieron en la necesidad de incluir los principios generales en el proyecto.

61. El PRESIDENTE pregunta al Sr. Francis si lo que desea es que la Comisión dedique las dos semanas próximas al examen de los principios generales así como a ciertas cuestiones estudiadas en el cuarto informe del Relator Especial. Desearía también saber cuáles son las cuestiones en las que piensa el Sr. Francis.

62. El Sr. FRANCIS cree que corresponde al Relator Especial elegir las cuestiones que hay que abordar al mismo tiempo que los principios generales.

63. El Sr. McCAFFREY dice que efectivamente el cuarto informe del Relator Especial es muy completo y que su primera reacción ha sido pensar que, dado el tiempo de que se dispone, no sería posible examinar todos sus aspectos en detalle. Por su parte, se inclina a pensar que la Comisión debe proceder a un debate general sobre todo el informe, dedicando, como propone el Sr. Calero Rodríguez, una semana de los principios generales y otra semana a las cuestiones de fondo. No tiene preferencias respecto a que se empiece por una cuestión o por otra. Ahora bien, es evidente que resulta imposible hacer un examen completo del cuarto informe en el período de sesiones actual. El debate general que celebre la Comisión no debería impedirle volver sobre el tema con más detalle en un período de sesiones ulterior.

64. El Sr. JACOVIDES recomienda que la Comisión no aplase al período de sesiones siguiente el examen de una parte u otra del cuarto informe del Relator Especial. Lo mejor sería dividir el tiempo disponible de forma que se dedicara una semana a ciertos aspectos de ese documento y otra semana al resto.

65. Sir Ian SINCLAIR considera que no es importante el orden en que han de abordarse las diversas partes del informe. En todo caso él preferiría empezar por los principios generales ahora que la Comisión ya tiene todo el proyecto ante sí. Pero, como ya se ha propuesto, se podría dividir el debate general en dos etapas, examinando en la semana actual las partes I, II y III del informe. En la semana siguiente se podría examinar la parte IV, que tiene ejemplos tomados de las otras tres

partes. De esta forma la Comisión podría, en el período de sesiones siguiente, examinar con más detalle el texto de los diversos proyectos de artículos presentados por el Relator Especial.

66. El Jefe AKINJIDE apoya las sugerencias hechas por Sir Ian SINCLAIR, que parecen recibir la aprobación general.

67. El Sr. THIAM (Relator Especial) propone que se examinen en primer lugar los crímenes de guerra y las otras infracciones antes de pasar, si la Comisión tiene tiempo, al examen de los principios generales.

68. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ está plenamente de acuerdo con el Relator Especial, quien, por otra parte, nunca ha sugerido que la Comisión estudie cada artículo en detalle. Lo esencial es estudiar la orientación general del informe.

69. El PRESIDENTE declara que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide examinar en dos etapas el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/398) en un debate general y no artículo por artículo, comenzando por las partes I, II y III del informe, para pasar seguidamente a la parte IV relativa a los principios generales.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1958.ª SESIÓN

Martes 3 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Huang, Sr. Illueca, Sr. Jacobides, Sr. Jagota, Sr. Koroma, Sr. Lacleta Muñoz, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Sucharitkul, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) [A/CN.4/387², A/CN.4/398³, A/CN.4/L.398, secc. B. ILC (XXXVIII)/Conf.Room Doc. 4 y Corr.1 a 3]

[Tema 5 del programa]

¹ El proyecto de código aprobado por la Comisión en su sexto período de sesiones en 1954 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2693)*, págs. 11 y 12, párr. 54] se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 8, párr. 18.

² Reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 65.

³ Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

PARTE I (Crímenes contra la humanidad),

PARTE II (Crímenes de guerra) y

PARTE III (Otras infracciones)

1. El Sr. MALEK felicita al Relator Especial por su cuarto informe (A/CN.4/398), por la brillante exposición oral de la víspera y sobre todo por los esfuerzos para poner término a la vieja controversia sobre la cuestión de la prioridad que debe darse al examen de los principios generales de derecho penal que pueden ser mantenidos en el proyecto de código.

2. El Sr. Malek se propone formular algunas observaciones sobre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra y particularmente sobre su definición, reservándose el derecho de abordar en una fase ulterior otras cuestiones tratadas en el informe. Comienza preguntándose por las razones por las que el Relator Especial en su informe ha examinado las diferentes cuestiones planteadas siguiendo el orden del proyecto de código de 1954, aun reconociendo que se trata de una cuestión de detalle. En la parte I, dedicada a los crímenes contra la humanidad, el Relator Especial señala (*ibid.*, párr. 3) que esta expresión data del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 por el que se creó el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; después precisa (*ibid.*, párr. 5) que la inculpación de los crímenes contra la humanidad, en tanto que infracciones distintas de los crímenes de guerra, apareció en el Estatuto de Nuremberg, luego en la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado y por último en el estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. En todos esos instrumentos el orden en que figuran las tres categorías de crímenes consideradas en el mismo: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En 1950, la Comisión siguió ese orden formulando los principios de derecho internacional reconocidos por las sentencias del Tribunal de Nuremberg⁴. El proyecto de código de 1954 enumera los actos calificados de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sin indicar su pertenencia a una u otra de las tres categorías de los delitos mencionados. La enumeración no parece basarse en ningún criterio determinado, ni siquiera en el de la gravedad. Por tanto, el Relator Especial ha tenido razón al proponer un proyecto de artículo 10 que consagra la distinción que debe hacerse entre esas tres categorías de infracciones.

3. En cuanto a los crímenes de guerra, se someten a la Comisión dos proyectos de definición, uno de carácter general y otro de carácter general y enumerativo al mismo tiempo (proyecto de artículo 13). En el proyecto de código de 1954, la Comisión se contentó simplemente con referirse a esa categoría de crímenes como actos cometidos en violación de las leyes y costumbres de la guerra (art. 2, párr. 12). El asesinato se definía como acto cometido en violación de la ley penal. La Comisión consideraba que no era posible preparar una lista exhaustiva de los actos que constituyen violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. No ignoraba desde

⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/1316)*, págs. 11 y ss.