

que se han hecho en esta esfera, tendrían por efecto modificar el equilibrio de fuerzas. Ahora bien, como la paz depende de ese equilibrio, por otra parte precario, conviene obrar con la máxima prudencia. Sin querer con ello plantear el tema de la disuasión, el orador recuerda que, frente a países mucho más poderosos que ellos en todos los campos, muchos Estados estiman, con razón o sin ella, que la inclusión en el proyecto de artículos de una fórmula de esta índole permitiría finalmente, llegado el caso, que un agresor tuviera la elección de las armas.

60. La prohibición del empleo de las armas nucleares es una cuestión demasiado delicada que más vale no tocar, tanto más cuanto que, desde 1945, los países observan a este respecto una tregua relativa. En realidad, actualmente el problema más grave para la humanidad es el de la agresión. Es cierto que, desde el final de la segunda guerra mundial, no ha habido un solo país que haya sido declarado agresor. Pero, ¿quiere esto decir que no ha habido agresiones? ¿Qué medidas ha adoptado la colectividad internacional para ayudar a los países agredidos? ¿Qué ha hecho dicha colectividad, en particular, para apoyar al Líbano, ese país víctima de varias agresiones y que está destruyéndose a sí mismo? La actitud pasiva de la colectividad internacional debe incitar a la Comisión a la prudencia. En lo que le concierne, y aunque comprende perfectamente que se puede tener una opinión diferente a este respecto, el orador reafirma que no es partidario de la idea de incluir en un proyecto de artículos disposiciones concernientes a la utilización de las armas nucleares o de otras armas.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1961.ª SESIÓN

Viernes 6 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Boutros Ghali, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Jagota, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, 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 crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) [A/CN.4/

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.

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 (continuación)

PARTE I (Crímenes contra la humanidad),
PARTE II (Crímenes de guerra) y
PARTE III (Otras infracciones) (continuación)

1. El Sr. ILLUECA dice que la elaboración del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad es una tarea difícil que llevará mucho tiempo, pero que la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, que la Asamblea General aprobó por consenso en su cuadragésimo período de sesiones⁴ y la resolución 40/148 de 13 de diciembre de 1985, en la que la Asamblea General reafirma que el enjuiciamiento y el castigo de los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz y la humanidad constituyen un compromiso universal para todos los Estados, y en la que enuncia las medidas que se han de adoptar contra las actividades nazis, fascistas y neofascistas y contra todas las demás formas de ideologías y prácticas totalitarias basadas en la intolerancia racial, el odio y el terror, deberían alentar a la Comisión a no cejar en su empeño.

2. Para que el código sea un instrumento eficaz y responda a las aspiraciones de todos los pueblos, será menester que defina los distintos crímenes sobre los que versa, que establezca la imputabilidad de la responsabilidad tanto a los Estados como a los particulares, que señale las sanciones aplicables a los autores de ese tipo de infracción y que disponga la creación de una jurisdicción penal internacional.

3. En el proyecto de artículo 10, relativo a las categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Relator Especial ha seguido fielmente la clasificación adoptada en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, cuyos apartados *a*, *b* y *c* versan, respectivamente, sobre los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, en el artículo II de la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado, en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal de Tokio y en el Principio VI de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg.

4. En ese mismo proyecto de artículo 10, el Relator Especial da a escoger entre la expresión «crímenes de guerra» y la de «crímenes cometido con ocasión de un conflicto armado», a cada una de las cuales corresponde una variante del proyecto de artículo 13. Ahora bien, parece existir una diferencia muy clara entre la «guerra» y el «conflicto armado», ya que, si bien uno y otro implican relaciones hostiles, los dos fenómenos no producen las mismas consecuencias en el plano jurídico.

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

³ Reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte).

⁴ Resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985, anexo.

5. Cabe recordar, a este respecto, que en los últimos 40 años una serie de acontecimientos han modificado completamente las normas de derecho internacional que constituían el «derecho de la guerra». Por ejemplo, las hostilidades en Corea, de 1950 a 1953, la lucha en Indochina, de 1946 a 1954, y la crisis de Suez en 1956 son tres ejemplos de conflicto armado que no quedan comprendidos en la categoría de guerras. No ha habido nunca, en ninguno de esos conflictos, reconocimiento general de un estado de guerra. Por el contrario, en relación con las hostilidades en la zona del Canal de Suez, las autoridades británicas hablaron de «un estado de conflicto» declarando expresamente: «El Gobierno de Su Majestad no considera que la acción que ha emprendido constituya una guerra; [...] No hay estado de guerra, sino estado de conflicto»⁵.

6. En opinión de algunos, los autores de la Carta de las Naciones Unidas previeron la aparición de esos conflictos que no son verdaderamente guerras. Efectivamente, el Artículo 39 de la Carta no menciona la guerra, sino que se refiere únicamente a las medidas que puede adoptar el Consejo de Seguridad en caso de «toda amenaza de la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión [...] para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales». En su resolución 378 A (V) de 17 de noviembre de 1950, relativa a los deberes de los Estados en caso de ruptura de hostilidades, la Asamblea General establece una distinción aún más tajante entre la iniciación de una guerra y la ruptura de hostilidades, puesto que declara en ella que los Estados tienen el deber de evitar la guerra incluso después de la ruptura de hostilidades.

7. Los Convenios de Ginebra de 1949 establecen que sus disposiciones se aplican en caso de guerra o de cualquier otro conflicto armado. Los Protocolos de 1977 adicionales a esos Convenios amplían el alcance de la expresión «conflicto armado» al establecer una distinción entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales. Ese nuevo concepto responde a la «necesidad de aplicar los principios humanitarios básicos en todos los conflictos armados», necesidad que la Asamblea General reconoció, en particular, en sus resoluciones 2444 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968 y 2597 (XXIV) de 16 de diciembre de 1969. La expresión «conflicto armado» figura también en los artículos 44 y 45 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961.

8. Entre los principales argumentos aducidos para introducir en la terminología jurídica el concepto de hostilidades distintas de la guerra cabe mencionar: a) el deseo de los Estados de no ser acusados de violar la obligación de no entrar en guerra que han contraído al adherirse a un tratado como el Pacto Briand-Kellogg⁶; b) la preocupación por evitar que los Estados que no son parte en el conflicto declaren su neutralidad y obsta-

culen el desarrollo de las hostilidades adoptando reglas de neutralidad restrictivas; c) la voluntad de localizar el conflicto y evitar que degeneren en guerra generalizada.

9. Existe manifiestamente, pues, una fuerte corriente de opinión en favor de la distinción entre la guerra propiamente dicha, que opone a Estados, y los conflictos armados o quebrantamientos de la paz, que no se limitan a hostilidades entre Estados y en los que pueden estar implicadas entidades no estatales. No basta, para resolver el problema planteado por el Relator Especial (A/CN.4/398, párr. 74), sustituir el término «guerra» por la expresión «conflicto armado». Será preciso mencionar tanto la guerra propiamente dicha como los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales. Así pues, la Comisión podría examinar la posibilidad de modificar la última parte del proyecto de artículo 10 de la manera siguiente: «y los crímenes de guerra, incluidos los crímenes cometidos con ocasión de conflictos armados o de otras relaciones hostiles».

10. Por lo que respecta al proyecto de artículo 13, el Sr. Illueca recomienda que se adopte una fórmula mixta, es decir, que se enuncien los elementos que tipifican el crimen de guerra y que se haga una enumeración no limitativa de las acciones u omisiones que constituyen crímenes de guerra, sin afectar a la definición general. En cuanto a la definición de crimen de guerra que el Relator Especial propone en la segunda variante, se podría ampliar como sigue:

«Es crimen de guerra toda infracción grave de los convenios, normas y usos aplicables a la guerra propiamente dicha, a los conflictos armados internacionales o no internacionales y a las demás relaciones hostiles.»

11. Las disposiciones relativas a los crímenes contra la paz, que será necesario sin duda precisar después, son de una gran sensatez, y el método mixto (definición/enumeración) adoptado por el Relator Especial es totalmente pertinente, particularmente en el caso de la agresión. A este respecto, el hecho de que en el apartado b del párrafo 1 del proyecto de artículo 11 se indique que los actos considerados constituyen actos de agresión «haya o no declaración de guerra» es de la máxima importancia.

12. En el apartado b del párrafo 3 del mismo proyecto de artículo, el Relator Especial establece que «el hecho de ejercer presiones [...] de índole económica o política contra otro Estado [...]» constituye agresión. Conviene recordar, a este respecto, que en su resolución 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966, la Asamblea General condenó, como un crimen contra la humanidad, la violación de los derechos económicos y políticos de las poblaciones autóctonas.

13. En lo que concierne a la forma en que debe tratarse el terrorismo internacional en el proyecto de código, durante el debate se han expresado varias opiniones. Se ha dicho que el terrorismo internacional debía clasificarse a la vez entre los crímenes contra la paz y entre los crímenes contra la humanidad, pero se ha dicho también que quizá habría que situarlo únicamente en la categoría de los crímenes contra la humanidad. Estima,

⁵ Reino Unido, *Parliamentary Debates* (Hasard), 5th Series, vol. 558, *House of Commons*, session 1955-56 (Londres, 1956), debate del 1.º de noviembre de 1956, col. 1719.

⁶ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, pág. 57. Para una versión española, véase *Legislación y Disposiciones de la Administración Central*, 1931, vol. 3, primera parte, Colección Legislativa de España, primera serie, Madrid, Ed. Reus, 1931, págs. 592 a 594.

por su parte, que el Relator Especial ha tenido razón al incluir el terrorismo en la lista de los crímenes contra la paz, ya que está relacionado con otros crímenes de esta naturaleza, en especial con la dominación colonial. Se trata, por lo demás, de un hecho que la Asamblea General ha reconocido en su resolución 40/61 de 9 de diciembre de 1985, relativa a las medidas para prevenir el terrorismo internacional. En dicha resolución, aprobada por consenso, la Asamblea General condena inequívocamente y califica de criminales todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, por una parte, e insta a todos los Estados, así como a los órganos competentes de las Naciones Unidas, a que

contribuyan a la eliminación gradual de las causas subyacentes del terrorismo internacional y a que presten especial atención a todas las situaciones [...] que puedan dar origen al terrorismo internacional y poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, por otra.

14. A tenor del apartado i) del párrafo 5 del proyecto de artículo 11,

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:

- i) prohibición de armamentos, desarme, restricciones o limitaciones de armamentos;

constituye un crimen contra la paz. El orador recuerda a este respecto que existe toda una serie de resoluciones de la Asamblea General relativas a la prohibición de diferentes tipos de armas. En su cuadragésimo período de sesiones, por ejemplo, la Asamblea General aprobó en diciembre de 1985, la resolución 40/92 A, relativa a la prohibición de las armas químicas y bacteriológicas, pero sobre todo la resolución 40/151 F, en virtud de la cual la Comisión tiene el deber de mencionar expresamente en el párrafo 6 del proyecto de artículo 11 «las armas nucleares», en la medida en que, tanto en esa resolución como en el proyecto de convención sobre la prohibición de la utilización de armas nucleares que figura en su anexo, se declara que toda forma de utilización de las armas nucleares constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen contra la humanidad.

15. Esta afirmación, por otra parte, plantea una cuestión conexas, la de determinar en qué categoría de crímenes debe clasificarse el uso de las armas nucleares. A juicio del Sr. Illueca, el Relator Especial debe tener en cuenta que en los dos últimos documentos citados ese crimen se tipifica, no como crimen contra la paz, sino como crimen contra la humanidad.

16. La resolución 40/87 de 12 de diciembre de 1985 relativa a la prevención de una carrera de armamentos en el espacio ultraterrestre, en la que Asamblea General reafirma que los Estados deben abstenerse de emplazar armas nucleares en el espacio ultraterrestre, indica también a la Comisión el camino que conviene seguir.

17. Por lo que respecta al párrafo 8 del proyecto de artículo 11, que establece que «el hecho de reclutar, organizar [...] mercenarios [...]» es un crimen contra la paz, el orador señala que, en la resolución 40/74 de 11 de diciembre de 1985, la Asamblea General reconoce que

las actividades de los mercenarios son contrarias a principios fundamentales de derecho internacional, tales como la no injerencia en los

asuntos internos de los Estados, la integridad territorial y la independencia, y obstruyen gravemente el proceso de libre determinación de los pueblos que luchan contra el colonialismo, el racismo, el *apartheid* y todas las formas de dominación extranjera,

y que, además, tienen un efecto pernicioso para la paz y la seguridad internacionales.

18. Pasando a considerar los crímenes contra la humanidad, el orador se felicita de la forma cómo el Relator Especial trata el genocidio y el *apartheid* en el proyecto de artículo 12. El genocidio, que supone una acumulación de hechos y un conjunto de condiciones, no puede ser cometido únicamente por particulares. Hay que establecer necesariamente, pues, la responsabilidad tanto civil como penal del Estado. En cuanto el *apartheid*, la Asamblea General lo ha condenado como crimen contra la humanidad en su resolución 2202 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

19. Como se ha visto, la Asamblea General, de la que la Comisión depende y a la que debe dar cuenta de sus trabajos, ha aprobado muchas resoluciones que guardan una relación directa con la cuestión de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En consecuencia, habida cuenta de la importancia en derecho internacional y del peso moral de las resoluciones de la Asamblea General, muchas de las cuales han sido aprobadas por consenso y se estudian, en muchas universidades, en el mismo plano que las fuentes de derecho internacional a que se refiere el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, tal vez convendría examinar la posibilidad de pedir a la Secretaría que realice un estudio de esas resoluciones y, de una manera más general, del conjunto de las resoluciones y convenciones pertinentes adoptadas tanto dentro como fuera del sistema de las Naciones Unidas. Este estudio de la práctica podría facilitar grandemente la tarea de la Comisión.

20. En el título IV del proyecto de código, las disposiciones relativas a las otras infracciones exigen un estudio detenido, ya que algunas de las infracciones consideradas podrían ser fuente de errores o de injusticias. Así ocurre, en particular, con la *conspiracy* o «concertación». Ese concepto figura en el apartado a del artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, que define el crimen contra la paz, en particular, como

[...] el hecho de planear, preparar, iniciar o librar una guerra de agresión o una guerra en violación de los tratados y acuerdos internacionales, o el de participar en un plan o en una concertación para la perpetración de cualquiera de esos crímenes.

La concertación para ejecutar crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad durante el período comprendido entre enero de 1933 y abril de 1945 fue también el primero de los cargos formulados contra los criminales de guerra nazis. Pero de lo que se trata es de saber si conviene recoger en un proyecto de código un concepto que está relacionado con circunstancias muy especiales y que ha sido utilizado con un fin muy preciso, es decir, la persecución de los nazis. Con eso, efectivamente, se entra en el campo de la política y conviene mostrarse sumamente prudente. Es bien sabido, por ejemplo, que los objetivos definidos en un país por un partido político, sea el que sea, pueden ser considerados legítimos por los nacionales de ese país y constituir una amenaza para otros países. Sabido es también que, en

cada caso de conflicto, los vencedores son héroes y los vencidos delincuentes.

21. Así pues, la Comisión debe hacer muestra de la máxima prudencia, ya que las disposiciones relativas a las otras infracciones son el tipo mismo de disposiciones de las que sería posible servirse para iniciar una caza de brujas y cometer toda clase de injusticias.

22. El Sr. OGISO, después de felicitar al Relator Especial, dice que las decisiones de los tribunales de Nuremberg y de Tokio, mencionadas en el cuarto informe (A/CN.4/398), si bien ofrecen cierto interés en relación con esta materia, no tienen sino un valor limitado como precedente para los trabajos de la Comisión, ante todo porque no se trataba de tribunales penales internacionales, en el verdadero sentido de la expresión, sino de tribunales compuestos únicamente por representantes de las Potencias aliadas, y además porque esos tribunales se encontraban políticamente obligados a castigar al mayor número posible de dirigentes y no jurídicamente obligados a aplicar el derecho de gentes en vigor. El artículo II de la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado, que se cita en el informe en relación con la complicidad (*ibid.*, párr. 101), designaba como autor de un crimen a toda persona que hubiera sido miembro de una organización o de un grupo implicado en la ejecución de un crimen, convirtiendo así en una infracción autónoma la participación en un grupo. Esto significa apartarse considerablemente de la doctrina tradicional del derecho penal. Otro ejemplo de esa manera de ver las cosas se encuentra en la opinión del magistrado Biddle (*ibid.*, párr. 161), que dice que «no se trataba de saber si era legítimo, sino si era justo, juzgar [...]».

23. Por lo que respecta a las partes I y II del informe, el orador aprueba la división en tres categorías que hace el Relator Especial de los crímenes contra la paz y al seguridad de la humanidad. Opina como el Relator Especial (*ibid.*, párr. 19), que el término «crimen» sólo debe abarcar las «infracciones más graves». Señala, a este respecto, que en el período de sesiones anterior⁷ expresó algunas dudas acerca de ese concepto, a causa de su carácter necesariamente subjetivo, y declaró que la creación de una jurisdicción penal internacional le parecía esencial para conferir el carácter más objetivo posible a la aplicación y la interpretación de las normas relativas a los «crímenes más graves». Es deseable asimismo, cuando no indispensable, definir los criterios que aplicará esa jurisdicción cuando conozca de tales crímenes.

24. En lo que concierne a los crímenes contra la humanidad, existen dos elementos decisivos. En primer lugar, está el elemento de masa, lo que quiere decir que es preciso: a) que el crimen haya sido cometido contra un grupo o un número determinado de individuos dentro del grupo, de suerte que, con frecuencia, el acto criminal tiene consecuencias muy amplias; b) que el acto mismo haya sido organizado y ejecutado de manera sistemática. Sin el elemento de masa, el proyecto de código podría interpretarse como si fuera aplicable a un delincuente aislado. El segundo elemento, la intención, es igualmente esencial: aun cuando haya un gran número de víctimas, el acto no puede ser definido como crimen

contra la humanidad si su autor no tenía la intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal. Esos dos elementos contribuirán a hacer más objetivos los fallos. La objetividad es importante, pues la gravedad de un acto puede interpretarse de forma diferente según los conceptos vigentes en el país de su autor. Por ejemplo, la destrucción en masa de las poblaciones civiles de Hiroshima y de Nagasaki por la bomba atómica fue, en aquel entonces, calificada por los Estados Unidos de América de necesaria para disminuir las pérdidas americanas en caso de desembarco en el Japón. En otras palabras, los Estados Unidos consideraban los sufrimientos de la población civil de esas dos ciudades como menos graves que las pérdidas hipotéticas de sus propias tropas. A juicio de los japoneses, por el contrario, el acto no tenía justificación.

25. El Sr. Ogiso aprueba la idea del Relator Especial de reservar un lugar propio al genocidio entre los crímenes contra la humanidad, en la medida en que el proyecto de código se entienda sin perjuicio de los convenios en vigor. No tiene nada que objetar a que se haga lo mismo con el *apartheid*. Análogamente, y aunque abriga algunas dudas acerca de la definición jurídica exacta que hay que dar de los actos inhumanos *per se*, puede admitir la idea de darles un lugar separado como crímenes contra la humanidad, a condición de que se definan de modo que incluyan el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, y que se tengan en cuenta los elementos de masa y de intención. Por lo que toca a los atentados graves contra el medio humano, el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados considera esos actos como crímenes internacionales, imponiendo así al Estado autor obligaciones adicionales en virtud de su acto. Ahora bien, la cuestión de la responsabilidad de los Estados es una cosa y la cuestión de la responsabilidad penal individual por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es otra cosa distinta. Además, hay que entender que no existe responsabilidad penal individual sino cuando el autor del atentado grave contra el medio ha obrado intencionalmente.

26. El Sr. Ogiso está de acuerdo también en que se utilice la expresión «crímenes de guerra» para designar las infracciones graves a las leyes y usos humanitarios aplicados en los conflictos armados en general. Se podría evitar el riesgo de confusión entre el concepto de crimen de guerra y el de crimen contra la humanidad, como propone el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 79 y 80), definiendo el acto inhumano cometido en tiempo de guerra como acto constitutivo de un crimen de guerra, mientras que el mismo acto, cometido en tiempo de paz, se definiría como crimen contra la humanidad.

27. En cuanto al método que debe adoptarse, el orador es partidario de la enumeración. La simple formulación de un código de crímenes sería, no sólo inútil, sino peligrosa, si no fuera acompañada de un procedimiento de aplicación. Como se ha dicho ya, se trata de una cuestión de principio general. Además, es indispensable indicar lo más claramente posible en el código cuáles son los actos punibles como crímenes de guerra y con arreglo a qué leyes y usos de la guerra son punibles tales actos. Ahora bien, habida cuenta de las dificultades prácticas, la enumeración deberá tener carácter ilustrati-

⁷ Véase *Anuario... 1985*, vol. I, pág. 42, 1884.ª sesión, párr. 15.

vo, y no limitativo. A este respecto, el Sr. Calero Rodrigues (1959.ª sesión) se ha preguntado cómo resolver la cuestión de los nuevos crímenes de guerra. Una solución posible sería incluir una lista de crímenes en un anexo de la futura convención, a modo de protocolo adicional que pueda ser enmendado mediante un procedimiento simple para tener en cuenta la aparición de crímenes nuevos.

28. La cuestión de las armas nucleares puede plantear un problema suplementario. A primera vista, el orador sería partidario de considerar la utilización de esas armas como crimen de guerra, si se celebra y entra en vigor un convenio por el que se prohíba dicha utilización. La disposición del código sobre esta cuestión podría redactarse de la manera siguiente:

«La utilización, la fabricación o el almacenamiento de armas de destrucción en masa se considerarán como crimen de guerra cuando estén prohibidos por un acuerdo internacional y dentro de los límites de esa prohibición.»

29. Pasando a la cuestión de las infracciones, hace observar que el concepto de complicidad adoptado en los estatutos de Nuremberg y de Tokio, es decir, haciéndolo extensivo a los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices, se basaba en la voluntad política «de no dejar impune ningún hecho» más bien que en consideraciones de rigor jurídico o de racionalidad, como señala el Relator Especial (A/CN.4/398, párr. 104). La Comisión, por su parte, debería abstenerse de ampliar indebidamente la aplicación del derecho positivo y, de ese modo, causar el oprobio de individuos cuya responsabilidad no está probada en derecho internacional. La presunción de inocencia, en efecto, es uno de los principios básicos del derecho penal. A este respecto, señala que el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 106 a 112) parece estar a favor de una extensión automática de la noción de complicidad del jefe militar, basada en la presunción de responsabilidad de éste por el simple hecho de su posición de mando. Ahora bien, es importante, para decidir sobre la responsabilidad de un jefe militar, determinar primero si tenía conocimiento de los actos criminales cometidos por sus subordinados, y en caso afirmativo, si estaba en condiciones de prevenir esos actos o de hacer uso a tal efecto de su autoridad. En el *Asunto Yamashita* (*ibid.*, párr. 109) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no parece haber aceptado la presunción de que el General Yamashita era responsable automáticamente a causa de su posición de comandante militar de la región de que se trataba; aceptó la presunción de su complicidad porque ese General había permitido a sus subordinados la ejecución de múltiples atrocidades, aunque podía tener conocimiento de sus actos criminales y estaba en condición de impedirlos. Por eso, ese asunto no puede servir de precedente para la inculpación del jefe militar más que si éste ha permitido que sus subordinados cometan actos criminales.

30. El contenido jurídico del concepto de *conspiracy* varía según los sistemas jurídicos. Además, el fallo del Tribunal de Nuremberg induce a adoptar una definición restrictiva de ese concepto, ya que el Tribunal sólo lo aplicó a los crímenes contra la paz aun cuando tenía un

sentido más amplio en el Estatuto de Nuremberg. Como el Relator Especial indica (*ibid.*, párr. 121):

[...] Contrariamente al principio general del derecho penal, según el cual el individuo sólo responde de sus propios actos y de los hechos que se le puedan atribuir personalmente, la *conspiracy* crea una responsabilidad penal colectiva para todos los que han participado en el acuerdo.

Personalmente, el orador cree que la responsabilidad individual debe, en lo posible, mantenerse como un principio general en materia de crímenes de guerra. Por ello abriga algunas reservas acerca de la conclusión a que llega el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párr. 126), donde se dice que la *conspiracy* se ha convertido en una teoría general de la participación criminal.

31. Duda, asimismo, de la utilidad de incluir conceptos como los de complicidad o de *conspiracy* en el proyecto de código, a causa de su naturaleza vaga y de la diversidad de interpretaciones a que se prestan, según el derecho de uno o de otro país. Sin embargo, si la Comisión deseara incluir tales conceptos en el proyecto de código, sería menester que se aplicasen de forma más restrictiva, limitando el concepto de *conspiracy* a los casos de crimen contra la paz y de crimen de genocidio, como se establece ya en el artículo III de la Convención sobre el genocidio de 1948.

32. El concepto de tentativa debe interpretarse como el comienzo de ejecución de un acto definido por el código como crimen, cuando el acto mismo resulte frustrado por causas independientes de la voluntad del autor. La simple preparación no debe interpretarse como acto criminal, como señala el Relator Especial (*ibid.*, párr. 144). Si se interpreta el concepto de tentativa como acaba de indicarse, la distinción entre tentativa y preparación es suficientemente clara.

33. El Sr. TOMUSCHAT, tras felicitar al Relator Especial por su cuarto informe (A/CN.4/398), señala que el proyecto de código, como el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, no es sólo la cuestión más delicada, desde el punto de vista político, de las que actualmente la Comisión tiene ante sí, sino que suscita también dificultades considerables en el plano puramente jurídico. La Comisión, al proponer un conjunto de normas que pueden tener las más graves consecuencias para los individuos, asume una pesada responsabilidad. Un derecho puramente interestatal que no establezca un justo equilibrio entre todos los intereses en juego no pasará de ser simplemente letra muerta. Pero el código se referirá a personas que, por su parte, no pueden hacer caso omiso de los procedimientos que se entablen contra ellos, si los consideran injustos. La Comisión, aun partiendo de la necesidad reconocida de imponer sanciones penales en caso de infracciones graves a los valores de la civilización, no debe perder de vista que todo proceso empieza por una acusación hecha contra una persona que se presume que es inocente mientras no haya una prueba en sentido contrario. Crímenes mal definidos harían considerablemente mayor el riesgo de someter a juicio a personas que hubieran respetado la ley. Así pues, en general el proyecto de código debe limitarse a un número de crímenes incontestables y reconocidos como tales de hecho y de derecho.

34. En cuanto a los crímenes contra la humanidad, la primera cuestión es determinar si esa categoría es en sí necesaria. Todos los actos previstos en el párrafo 3 del proyecto de artículo 12 son, en efecto, castigados por la ley de toda nación civilizada. Ahora bien, hay una razón para consignarlos en el proyecto de código, ya que precisamente cuando un país repudia súbitamente las normas del comportamiento civilizado es cuando se hace necesaria la sanción internacional. Son muchos los Estados que han atravesado por períodos de anarquía política en los cuales desaparecen las normas de derecho y la vida humana queda a merced de un régimen arbitrario. Contrariamente a las esperanzas que se expresaron en 1945, todavía se producen casos de genocidio, por lo que este crimen debe figurar entre los previstos en el proyecto de código.

35. La segunda cuestión es la de determinar si el proyecto de código debe referirse sólo a los crímenes perpetrados con la autoridad del Estado o el consentimiento de los poderes públicos o si debe hacerse también extensivo a los crímenes de derecho común. En lo que se refiere a los crímenes contra la humanidad, la Comisión podría evitar muy fácilmente adoptar una posición. En suma, nada obliga a incluir en el proyecto de código los crímenes de derecho común que son considerados reprobables en todos los países y que efectivamente son castigados por todos los gobiernos civilizados. Por ejemplo, el tráfico de estupefacientes podría muy bien no ser incluido en el proyecto de código; el terrorismo es un caso límite.

36. Existe también la cuestión de si los crímenes que ya están castigados en virtud de tratados en vigor, tales como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, deben o no figurar en el proyecto de código. A juicio del Sr. Tomuschat, confirmar la prohibición del genocidio sería útil en la medida en que la finalidad de la Comisión es coronar el proyecto de código mediante la creación de una jurisdicción penal internacional que tenga competencia para juzgar sobre todos los crímenes previstos en sus disposiciones. Como es sabido, los planes relativos a la creación de una jurisdicción penal internacional en el marco de la Convención sobre el genocidio están aún pendientes y los únicos tribunales competentes son, pues, los de los países en que se ha cometido el acto, lo que hace jurídicamente imposible que las autoridades de otro Estado entablen un procedimiento.

37. El Sr. Tomuschat aprueba el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 12 que reproduce casi palabra por palabra el artículo II de la Convención sobre el genocidio, con excepción del apartado v) del texto en inglés que debería también armonizarse con el de la Convención.

38. El *apartheid*, como ha afirmado la CIJ en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre Namibia⁸, no puede escapar a la prohibición de la discriminación que se enuncia en el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas. También está prohibido con

arreglo a lo dispuesto en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Ahora bien, la Comisión se ocupa en la actualidad de la responsabilidad penal individual y la cuestión es determinar si existe ya una norma que declare acto criminal punible en derecho internacional la participación en la política de *apartheid*, tal como la practica el Gobierno sudafricano. Ahora bien, la realidad es que ningún Estado occidental ha ratificado todavía la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, porque ese crimen está definido en ella de forma tan general que casi todo ciudadano sudafricano podría sufrir las sanciones que en ella se prevén. Así pues, es conveniente abordar con el mayor cuidado la cuestión de las normas sobre la participación. En resumen, definir los actos de *apartheid* como crímenes sería ir más allá de la codificación y ello constituiría una decisión innovadora que, por justificable que pueda ser, en la medida en que se referiría a dirigentes políticos responsables, estaría no obstante desprovista de sentido si tuviera por efecto declarar criminal a todo un pueblo. En lo que se refiere al texto mismo de la disposición, el Sr. Tomuschat prefiere la segunda variante del párrafo 2 del proyecto de artículo 12: un código penal debe bastarse a sí mismo y no contentarse con simples referencias a textos poco conocidos para el hombre de la calle.

39. El párrafo 3 del proyecto de artículo 12 es demasiado general en su forma actual. En el proyecto de código de 1954 se decía que los actos previstos debían haber sido cometidos por las autoridades de un Estado o por particulares que actuaban instigados por esas autoridades o con su consentimiento. Sin esa condición, son muchos los crímenes de derecho común que quedarían incluidos en el código. Debe recordarse que el código sólo es necesario cuando hay connivencia por parte de las autoridades del Estado de que se trata. El empleo del término «persecuciones» suscita también algunas dudas. En efecto, hay países en los que ciertos grupos sufren actos de persecución política o religiosa casi cotidianamente. Para ser lógica consigo misma, la Comisión debería, pues, hacer extensivas a la persecución política o religiosa las normas que se aplican al crimen de *apartheid*. Como quiera que sea, serán necesarias ciertas precisiones al respecto.

40. El Sr. Calero Rodrigues (1959.ª sesión) tiene razón en decir que el párrafo 4 del proyecto de artículo 12 está también redactado desde un puro punto de vista de relaciones interestatales y que no podría en ningún caso, en su forma actual, servir de base para un procedimiento penal. Nadie sabe qué puede ser una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la preservación del medio humano. Habría que precisar también si es necesario que haya habido intención o si la simple negligencia bastaría para que un acto fuera considerado como una violación de tal obligación.

41. Pasando a la parte II del informe, el Sr. Tomuschat aprueba la idea del Relator Especial de conservar la fórmula tradicional «crímenes de guerra» que tiene su lugar ya establecido en derecho internacional. Evidentemente todo el mundo está de acuerdo en interpretar este concepto en el sentido de que abarque a todos los crímenes cometidos con ocasión de un conflic-

⁸ *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971, pág. 57, párr. 129.*

to armado. Pero sería ir demasiado lejos pretender que se extienda también a otras relaciones hostiles, como propone el Sr. Illueca. Asimismo, el concepto de guerra del Relator Especial: «todo conflicto armado en que entidades estatales se opongan a entidades no estatales» (A/CN.4/398, párr. 76), es demasiado general. Indudablemente esas entidades deben presentar ciertas características que se enuncian en detalle en el Protocolo I de 1977 (*ibid.*, párr. 75).

42. Debería evitarse la expresión «costumbres de la guerra», aunque aparezca en ciertos textos anteriores de la Comisión, El Sr. Tomuschat señala al respecto el IV Convenio de La Haya de 1907, cuyo anexo, bien conocido, se titula «Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre»⁹ y que remite, pues, claramente a una costumbre jurídicamente establecida y no a una simple práctica. Además sería conveniente para evitar todo malentendido hablar únicamente en todo el código de «normas de la guerra» o de «leyes de la guerra».

43. Es cierto que el proyecto de código debe referirse sólo a las infracciones graves en el sentido de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Toda violación de las normas de la guerra no es forzosamente tan grave como para dar lugar a un procedimiento internacional. Por ello, el Sr. Tomuschat sugiere que, en aras de la claridad, se reproduzca el texto de los artículos pertinentes de los Convenios de Ginebra, precisando que es sólo a título de ejemplo, a fin de reservarse para el futuro.

44. Antes había una separación clara entre el derecho humanitario de los Convenios de Ginebra y las normas de la guerra de las Convenciones de La Haya. Esa distinción ha desaparecido parcialmente con los Protocolos adicionales de 1977, pero las normas que limitan el empleo de ciertas armas siguen representando una categoría separada. Además el Sr. Tomuschat propone que se añada al proyecto de código un artículo que reúna todas las prohibiciones que son generalmente aceptadas y que figuran en instrumentos tales como el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos¹⁰, la Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción¹¹ y la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados¹².

45. En cuanto a las armas nucleares, no hay duda de que su eliminación es altamente deseable; pero no se llegará a esa eliminación declarando que su utilización es un crimen de guerra. Es necesario ejercer una presión adecuada sobre los Estados que poseen armas nucleares para poner fin a la terrible espiral de la carrera de armamentos que ya ha llevado a la humanidad al borde de la autodestrucción. El proyecto de código no puede liberar

al mundo de las armas nucleares; los esfuerzos diplomáticos son los únicos medios que permiten confiar en que se llegará a ese resultado. Para ello, no basta con obtener garantías sobre la no utilización de esas armas: es igualmente importante detener su fabricación y destruir las existencias actuales, de conformidad con acuerdos de desarme que se presten a comprobaciones mutuas.

46. En lo que se refiere a las otras infracciones, el Sr. Tomuschat piensa también que las normas relativas a la participación y a la tentativa deben incluirse en los principios generales. Aprueba también la propuesta de Sir Ian Sinclair (1960.ª sesión) encaminada a que la Comisión, tras haber establecido la lista de los crímenes de que se trata, proceda a un examen cuidadoso de cada uno de esos crímenes a fin de determinar si en cada caso existe la posibilidad de la complicidad y si, en caso afirmativo, esa complicidad debe también constituir un crimen. Dado el carácter inédito de las cuestiones que se plantean, ese método inductivo sería preferible a un método deductivo.

47. En general, la tentativa de cometer un crimen no debe ser un crimen en sí. En efecto, debe recordarse que el Relator Especial ha incluido en la categoría de crímenes contra la paz una serie de actos muy variados. Si, por ejemplo, se evitara una gran crisis internacional gracias a los esfuerzos del Consejo de Seguridad, sería preferible que la comunidad internacional se alegrara de ello en lugar de reclamar inmediatamente la aplicación de un código penal. Por otra parte, los crímenes contra la humanidad son normalmente fenómenos de masa, incluso si su víctima es un individuo. Pero en ese caso, ese necesario que el acto revele «un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas»¹³ para que los órganos internacionales competentes en materia de derechos humanos puedan examinarlas. No obstante, para hacer justicia, bastaría con perseguir a las personas que han ordenado efectivamente uno de esos crímenes enumerados en el proyecto de código.

48. En resumen, el Sr. Tomuschat preferiría que los proyectos de artículos sobre la complicidad y la tentativa se redactaran después de que la Comisión haya establecido definitivamente la lista de crímenes.

49. El Sr. BOUTROS GHALI indica al Relator Especial que ha sentido mucho no haber podido asistir a la presentación oral de su cuarto informe (A/CN.4/398) y observa que, como el Sr. Balanda en la sesión anterior, ya ha señalado a la atención de los miembros de la Comisión la importancia que debe darse a la labor de investigación de derecho comparado sobre los conflictos que, después de la segunda guerra mundial, estallaron en África, en América Latina y en Asia y que no se mencionan en el informe. Varios países de esas regiones han sido teatro de conflictos periféricos, de violaciones graves del derecho, incluso de genocidio. No es, pues, un nacionalismo tercermundista lo que incita al Sr. Boutros

⁹ Véase 1958.ª sesión, nota 7.

¹⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 342.

¹¹ *Ibid.*, pág. 374.

¹² Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1980* (N.º de venta: S.83.V.1), pág. 124.

¹³ Resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social, de 27 de mayo de 1970, titulada «Procedimiento para examinar las comunicaciones relativas a las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales», párr. 1.

Ghali a insistir en ese punto, sino los hechos. El Sr. Reuter ha indicado (1960.ª sesión), por su parte, que la acción subversiva, el terrorismo, era el arma de los Estados pobres, que recurrían a ella incluso en los conflictos que los oponen entre sí. Por ello, el Sr. Boutros Ghali sugiere a la Secretaría que investigue sobre los trabajos preparatorios de la Carta de la OUA¹⁴, en particular sobre los debates que dieron lugar al párrafo 5 del artículo III de la Carta, en el que se condena sin reservas el asesinato político así como las actividades subversivas ejercidas por un Estado contra otro Estado, sobre la Declaración de Brazzaville de 19 de diciembre de 1960, dedicada a las intrigas subversivas, sobre los trabajos que precedieron a la adopción de la Declaración sobre el problema de la subversión en el segundo período de sesiones de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Accra en octubre de 1965¹⁵. Esos estudios se justifican por la necesidad de examinar las medidas emprendidas para solucionar pacíficamente los conflictos y determinar si puede hallarse en esos conflictos el elemento de agresión o de amenaza de agresión.

50. El proyecto de código no menciona tampoco las campañas de prensa o de radio desencadenadas antes de que estalle un conflicto y que constituyen un elemento importante de la actividad subversiva. La OUA ha hecho ya muchos llamamientos en los que se invita a un Estado interesado a que ponga fin a la agitación desencadenada a través de las ondas. El Sr. Boutros Ghali no tiene ideas fijas en cuanto al proyecto de artículo más adecuado para evocar ese tipo de actividad; puede tratarse tanto de la disposición que se refiere a la agresión como la que se refiere a la amenaza de agresión o incluso la dedicada al terrorismo. Lo esencial es referirse a ello en el proyecto de código, como a ese otro aspecto de la agresión indirecta que representa la manipulación de los refugiados políticos por un Estado en detrimento de otro y a la que se presta Africa aún mejor por contar con cinco millones de refugiados. En ese orden de ideas, el Sr. Boutros Ghali se refiere a la experiencia ya antigua del Comité creado en 1942 por el Consejo Directivo de la Unión Panamericana para luchar contra la subversión en América Latina¹⁶. Por último, las nuevas formas de terrorismo y de contraterrorismo deberían ser también objeto de estudio. El Sr. Boutros Ghali piensa en particular en la toma de rehenes que entra en el marco de la acción subversiva. Para concluir, insiste en el interés que presenta el proyecto de código para los países del tercer mundo dado que los principales conflictos armados de la época contemporánea se desarrollan en algunos de ellos, y añade que con frecuencia se deja pasar en silencio el daño que causa el terrorismo incluso en el tercer mundo.

51. El Sr. THIAM (Relator Especial) señala que el objetivo de la Comisión es preparar un código penal y por consiguiente estudiar los problemas jurídicos y no efec-

tuar un estudio de sociología política sobre la forma en que los Estados luchan contra la subversión, estudio que llevaría a la Comisión por senderos en los que correría el riesgo de perderse.

52. Durante la Conferencia constitutiva de la OUA, la subversión fue efectivamente una de las primeras cuestiones que se señalaron a la atención de los participantes, pero, después de reflexionar sobre ello, le ha parecido al Relator Especial que no constituye un crimen en sí, en la medida en que abarca una serie de actos muy diversos tales como el terrorismo, el asesinato político y la guerra civil fomentada desde el exterior poniendo a una parte de la población contra otra. Se impone una distinción entre la subversión y el acto criminal.

53. Si el Relator Especial se hubiera inspirado en la experiencia de los países del tercer mundo, su informe habría adquirido las dimensiones de un libro o de un tratado, lo que no le ha parecido útil dado que el genocidio, por ejemplo, se define en todas partes en los mismos términos, a semejanza del *apartheid*. ¿Por qué referirse al derecho de los países del tercer mundo cuando se inspira en general ya sea en el *common law* o en el derecho romano? El Relator Especial está dispuesto a llevar su análisis más lejos si la Comisión le invita a hacerlo pero no cree que su proyecto gane nada con ello. Además no hay que perder de vista que la Asamblea General ha concedido un grado de prioridad elevado al proyecto de código y que el Relator Especial debe por lo tanto respetar ciertos plazos.

54. El Sr. ROUKOUNAS felicita al Relator Especial por haber presentado a la Comisión un informe (A/CN.4/398) rico de ideas y de sugerencias que abre el camino al examen del conjunto de problemas planteados por los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Ese informe confirma la tendencia general a la elaboración de un código que establezca una distinción entre tres categorías de crímenes, tendencia iniciada desde 1950 por la Comisión. Corresponderá a la Comisión precisar y establecer mejor esa distinción en cuanto a sus parámetros jurídicos. Las superposiciones entre categorías y la existencia de crímenes «intercategorizables» no impiden que esa distinción conserve todo su interés. En el caso de los crímenes contra la paz, el proyecto de código se refiere a una pluralidad de autores, ya que difícilmente se podría concebir que un solo individuo pueda preparar y desencadenar una agresión. En el de los crímenes contra la humanidad, que forman una categoría de crímenes surgida después de perpetrarse atrocidades masivas contra civiles, su esencia se encuentra en su amplitud. En lo que se refiere a los crímenes de guerra, es necesario suponer previamente la existencia de un conflicto armado y partir de la idea de que los actos incriminados atentan contra las personas y los bienes protegidos. Así pues, no hay duda de que el crimen mismo y sus consecuencias jurídicas pueden variar de una categoría a otra. Pero al preguntarse sobre la oportunidad de incluir un crimen u otro en el proyecto de código, la Comisión deberá abstenerse de insistir en esa distinción tripartita ante cada crimen considerado.

55. Más allá de la cuestión de las diferentes categorías de crímenes se plantea la cuestión de la elección fundamental. En su tercer período de sesiones en 1951, la Co-

¹⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 479, pág. 39.

¹⁵ OUA, resolución AHG/Res.27 (II).

¹⁶ Véase la resolución XVII aprobada por la Tercera Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas (Río de Janeiro, 15 a 28 de enero de 1942), *Conferencias Internacionales Americanas, Primer Suplemento, 1938-1942*, Washington, 1943, págs. 195 a 197.

misión analizó la expresión «crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad» y decidió limitar su estudio «a los crímenes que contienen un elemento político» y que ponen en peligro y obstaculizan la paz y la seguridad internacionales¹⁷. A causa de ese elemento político, excluyó, en ese entonces, expresamente crímenes tales como la piratería, el tráfico de estupefacientes, la trata de mujeres y de niños y la esclavitud. Así pues, la Comisión debe tener en cuenta las necesidades de la época actual y es libre de determinar el contenido de ese elemento político a partir del cual procederá al examen de un determinado crimen.

56. Los crímenes deben ser examinados por separado, en función de las necesidades de la comunidad internacional contemporánea. Con excepción del *apartheid*, que ya se ha tratado y que el Sr. Roukounas no tiene inconveniente en mencionar en el proyecto de código, existen actos de discriminación racial, esclavitud, terrorismo, atentados graves a la dignidad humana, en los que hay que pensar. ¿Es necesario recordar el *obiter dictum* de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*¹⁸ en el que se hacía referencia a ciertos actos que están ahora «fuera de la ley». Los crímenes llamados nuevos deben ser, pues, examinados según su valor intrínseco, antes de ser clasificados en una u otra categoría.

57. Aun con la ayuda de una computadora, el Relator Especial no podría cumplir su tarea si tuviera que examinar todos los instrumentos pertinentes relativos a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Por ello el Relator Especial ha orientado su labor hacia textos que, a su juicio, reflejan mejor el derecho en vigor y las necesidades actuales de la comunidad internacional. El Sr. Roukounas comparte la idea del Sr. Malek (1958.ª sesión) de que no hay que legislar mediante referencias. Sin insistir demasiado en el carácter disuasivo y preventivo del proyecto de código, es importante establecer normas de conducta precisas, tanto más cuanto que el proyecto de código tendrá una parte general para garantizar la autonomía de conceptos que se han examinado en el curso de las últimas sesiones y dejar eventualmente a los legisladores nacionales el establecimiento de las normas represivas. Así pues, la Comisión debe preparar normas detalladas y no contentarse con remitirse al *apartheid*, a la dominación colonial o a la agresión.

58. Respecto a la advertencia hecha por el Sr. Reuter (1960.ª sesión) contra la tentación de inspirarse, a los efectos de la codificación, en textos que no hubieran obtenido un gran número de ratificaciones, el Sr. Roukounas hace observar que la Comisión e incluso la CIJ se refieren a veces a los instrumentos pertinentes independientemente del número de ratificaciones, y aun a veces a instrumentos que todavía no han entrado en vigor. Así pues, el Relator Especial tiene plenamente razón en incluir en el proyecto disposiciones de instrumentos que no se prestan a controversia. Más delicada será en realidad la posición de la Comisión respecto a los tra-

tados en vigor: deberá guardarse de debilitarlos sacando de ellos definiciones que modificaría después; en otras palabras, deberá abstenerse de ofrecer del mismo concepto una definición diferente a la que figura en el instrumento en vigor y en el cual se ha inspirado.

59. En lo que se refiere a la relación entre los crímenes de guerra y las infracciones graves, que se precisa en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977, el Sr. Roukounas dice que la expresión «infracciones graves» no es pura y simplemente otra denominación de los crímenes de guerra que, inmediatamente después de la segunda guerra mundial, tenían una connotación muy fuerte. En 1949, e incluso en 1977, se tuvo cuidado en distinguir los crímenes de guerra de las infracciones graves para permitir que las personas acusadas se beneficiaran de todas las garantías de procedimiento previstas en los Convenios de Ginebra. Así pues, todavía no se sabe exactamente qué es lo que abarca verdaderamente cada una de esas fórmulas. Se acostumbra englobar las infracciones graves en los crímenes de guerra pero lo contrario es también válido, de modo que la relación entre esos dos conceptos sigue estando mal delimitada. Por ello el Sr. Roukounas sugiere que se complete la mención de las infracciones graves con las palabras «según lo dispuesto en los Convenios de Ginebra» tanto más cuanto que sólo esos convenios y el Protocolo adicional I hacen alusión a ellas.

60. El Sr. Roukounas, abordando ciertos aspectos de la criminalidad, como la participación y la omisión, dice que la Comisión en primer lugar debe ver si es necesario hablar de ellas en el proyecto de código —ya que no se supone que la Comisión deba elaborar un código de derecho penal internacional uniforme— y si decide incluirlas, en la medida de lo posible deberá dejar de lado los ordenamientos internos de derecho penal y afirmar la autonomía del proyecto. Al evocar la cuestión del crimen por omisión que ha sido objeto de jurisprudencia y que se prevé en el párrafo 2 del artículo 86 del Protocolo adicional I de 1977, en el que el Relator Especial se ha inspirado, el Sr. Roukounas señala que las actas del 13.º Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en El Cairo en octubre de 1984 invitan a dar prueba de prudencia en la materia y a hacer de la omisión una norma penal correspondiente a un acto previsto por la ley, a una actividad determinada; esas observaciones son también válidas para la *conspiracy*, que no es una infracción de participación propiamente hablando sino una infracción que permite imputar a cada participante actos incluso lejanos, siendo lo importante el elemento internacional. También ahí la Comisión deberá olvidarse un poco del derecho interno.

61. En cuanto a la cuestión de los atentados graves al medio ambiente, el Sr. Roukounas señala que tres convenciones en vigor (por estar el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados todavía en fase de proyecto) se refieren a la cuestión del medio ambiente: la Convención de 1976 sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles¹⁹ (art. I), el Protocolo adicional I de 1977²⁰ (art. 35,

¹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/1858) pág. 13, párr. 58 a.*

¹⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, fallo de 5 de febrero de 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 32, párr. 34.

¹⁹ Véase 1958.ª sesión, nota 8.

²⁰ Véase 1959.ª sesión, nota 6.

párr. 3) y la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales²¹ (cuarto párrafo del preámbulo). Esos instrumentos prevén todos que quedan prohibidos los actos que tuvieren «efectos vastos, duraderos o graves» para el medio ambiente natural. En la Convención de 1976, en anexo, figura la interpretación de los términos «vastos [difundidos], duraderos o graves»²². Quizá el examen de esos instrumentos permitiría adoptar un enfoque más restrictivo de la cuestión.

62. El Sr. McCaffrey hace algunas observaciones de carácter general antes de referirse a las partes I, II y III del cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/398).

63. La primera de esas observaciones se refiere a la razón de ser del proyecto en su conjunto: ¿tiene éste una finalidad práctica o una finalidad política? En otras palabras, ¿debe ser un instrumento de disuasión o una ocasión de diatribas? Como el Sr. Calero Rodrigues (1959.ª sesión), el Sr. Balanda (1960.ª sesión) y otros miembros de la Comisión, el Sr. McCaffrey estima que si se quiere que el proyecto de artículos sea tomado en serio no debe reducirse a una simple lista de crímenes. A ese respecto, el Sr. McCaffrey encuentra interesante la propuesta del Sr. Calero Rodrigues, encaminada a que el proyecto de código prevea también medios de aplicación bajo una jurisdicción internacional, e incluso una serie de penas, pese a las dificultades que sin duda habrá para precisarlas. En todo caso, una cosa es cierta: introducir en el proyecto conceptos muy controvertidos, sobre todo sin un apoyo suficiente, condenaría el proyecto al olvido. La Comisión debe ser realista y evitar que vea la luz un texto que lleve los gérmenes de su propia destrucción. A ese respecto, el Sr. McCaffrey piensa como el Sr. Tomuschat que es necesario limitarse a varios crímenes indiscutibles y reconocidos como tales.

64. La segunda observación del Sr. McCaffrey se refiere a la base del estudio. La Comisión ha tendido siempre a tomar como punto de partida el proyecto de código de 1954, con el fin de completarlo. Ahora bien, cabe recordar que el proyecto de 1954 fue aprobado por una mayoría muy débil (6 votos contra 5) en el seno de la Comisión, que en aquel entonces estaba integrada por 15 miembros, y que la Asamblea General lo dejó simplemente de lado. Así pues, se impone una cierta prudencia y la Comisión haría bien en no seguir muy de cerca ese texto.

65. Viene a continuación el problema del recurso a las convenciones internacionales y a las demás fuentes en la labor de la Comisión sobre la cuestión. A ese respecto, hay que distinguir bien, como ha dicho el Sr. Roukounas, entre los instrumentos aceptados ampliamente y los demás.

66. Asimismo, se plantea la cuestión de determinar qué peso debe darse a las resoluciones de la Asamblea

General. Vale la pena recordar que en 1945, en la Conferencia de San Francisco, que debía adoptar la Carta de las Naciones Unidas, un solo Estado votó por la propuesta encaminada a que las resoluciones de la Asamblea General tuvieran carácter obligatorio. Así, el voto emitido en favor de un proyecto de resolución en el seno de la Asamblea General no tiene una intención legislativa: es simplemente reflejo de ciertas consideraciones políticas.

67. Como el Sr. Reuter (1960.ª sesión), el Sr. McCaffrey duda sobre la utilidad real de la clasificación tripartita que se hace en el proyecto de artículo 10 entre los crímenes contra la humanidad, los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra. No obstante, de momento no se opondrá a esa clasificación, ya que sin duda es un instrumento práctico del que se podrá prescindir después.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1962.ª SESIÓN

Lunes 9 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. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Jagota, Sr. Koroma, Sr. Laclea Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Sucharitkul, Sr. Thiam, Sr. Ushakov.

Proyecto de código 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]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

PARTE I (Crímenes contra la humanidad),
PARTE II (Crímenes de guerra) y
PARTE III (Otras infracciones) (continuación)

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), pag 8, párr 18

¹ Reproducido en *Anuario 1985*, vol II (primera parte), pag 65

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

²¹ Véase *supra*, nota 12

²² Véase el informe de la Conferencia del Comité de Desarme sobre su período de sesiones de 1976, vol I [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento N.º 27 (A/31/27)*], anexo I, Entendimiento acerca del artículo I