

que quizá el Relator Especial desee resumir el debate sobre el tema en la semana siguiente.

Tras un breve debate de procedimiento, así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

1999.ª SESIÓN

Martes 19 de mayo de 1987, a las 10 horas

Presidente: Sr. Stephen C. McCaffrey

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

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

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

ARTÍCULOS 1 A 11⁵ (continuación)

1. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que, como hace uso de la palabra casi al final del debate, se limitará a exponer su opinión acerca de algunas cuestiones que le parecen importantes y a formular, de pasada, algunas sugerencias en materia de redacción.

2. En cuanto a la primera cuestión —que es la de la naturaleza y caracteres jurídicos del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad—, si bien es difícil, efectivamente, incluir en una definición general todos los elementos característicos de las diversas categorías de crímenes de que se trata, la definición propuesta por el Relator Especial en el proyecto de artículo 1, que remite a la lista de crímenes que ha de figurar en el código, puede suscitar críticas y ser tachada de solución fácil. Muchos oradores, por otra parte, han subrayado los inconvenientes

de la remisión a una lista, dado que, habida cuenta del principio *nullum crimen sine lege* y del carácter estricto de la ley penal, una lista de esa naturaleza debería ser restrictiva, en tanto que la evolución del derecho internacional penal imposibilita que se excluya toda modificación ulterior. El propio Relator Especial no descarta el supuesto de que la lista se amplíe con la inclusión de otros crímenes de resultados de la tipificación como tales de otras acciones u omisiones según los «principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional» (párrafo 2 del proyecto de artículo 8). Así pues, si se admite que otros crímenes puedan venir más tarde a añadirse a los de la lista, es preciso que la naturaleza de esos crímenes responda a criterios precisos y definidos de antemano en el código, en defecto de lo cual el legislador se vería obligado a recurrir al discutible método consistente en proceder por analogía.

3. Por otro lado, el sentido y alcance de ciertos principios generales enunciados en el capítulo I del proyecto, como las excepciones al principio de la responsabilidad (proyecto de artículo 9), dependen del fundamento de la responsabilidad misma, es decir, de los elementos constitutivos del crimen cuya reunión da lugar a esa responsabilidad. Por ello, a su juicio, el proyecto de código debería contener una disposición en la que figurasen los elementos constitutivos del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Ahora bien, la Comisión dispone ya de una definición del crimen internacional, en el artículo 19 de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados⁶, de la que la Comisión puede tanto menos prescindir cuanto que, en la inmensa mayoría de casos, la responsabilidad del Estado se perfila detrás de la responsabilidad de sus agentes; y además esta definición tiene la ventaja de contener el elemento moral y el elemento material de la responsabilidad penal, mientras que el tercer elemento —el elemento legal— puede añadirse sin dificultad ya que resulta de la violación de los convenios en vigor o de las leyes y usos de la guerra.

4. Si se toma como punto de partida el artículo 19, se podría definir, pues, el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad de la manera siguiente:

«Es crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad el hecho de violar a sabiendas una obligación internacional esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la humanidad mediante actos que puedan poner en peligro la paz del mundo, atentar voluntariamente contra la persona o la condición humana o infringir las leyes y usos de la guerra.»

Esta definición es, en líneas generales, análoga a la propuesta por algunos miembros. Al subrayar el carácter intencional del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, la definición aclararía el alcance de ciertas excepciones al principio de la responsabilidad fundadas en la falta de intención criminal. Por supuesto, incumbirá al Comité de Redacción formular el texto preciso.

5. La segunda cuestión, que es la de la competencia *ratione personae* del código ha sido resuelta provisionalmente por la decisión de la Comisión de limitar el pro-

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

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

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

⁴ *Idem.*

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

⁶ Véase 1993.ª sesión, nota 7.

yecto a la responsabilidad criminal de los individuos⁷, en espera de las respuestas de los gobiernos a su petición de opiniones en relación con la responsabilidad penal de los Estados. En espera de esas respuestas, conviene ser prudente en la elección de los términos relativos a la competencia *ratione personae*. No conviene, en efecto, dar la impresión de que sólo los individuos pueden ser autores de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; a este respecto, el texto anterior del proyecto de artículo 3 parecía preferible. Por otra parte, como se acaba de ver, la responsabilidad del Estado en los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad nace, en la inmensa mayoría de los casos, de la acción de individuos que actúan como agentes del Estado. Para utilizar los términos del derecho civil, se trata de una «responsabilidad por hecho ajeno» o de una responsabilidad del «comitente», responsabilidad que es reclamada mediante una acción civil ante la jurisdicción penal. Por consiguiente, convendría preocuparse de los intereses de la víctima previendo una disposición que completaría la responsabilidad penal por la responsabilidad civil correspondiente y que, junto a la acción pública, regularía las condiciones de la acción civil. Tal disposición parece tanto más necesaria cuanto que, según los principios generales del derecho penal, las causas de justificación, si bien excluyen la responsabilidad penal, no surten efecto en la responsabilidad civil. Falta saber si la Comisión tiene el propósito de adoptar una norma de esta índole: en caso afirmativo, habría que formularla en una disposición especialmente dedicada a la acción civil.

6. La tercera cuestión —la de la aplicación del código en el tiempo— presenta un doble aspecto: por una parte, la imprescriptibilidad de los crímenes de que se trata; por otra parte, la irretroactividad de la ley penal. En general, el orador se adhiere a la posición adoptada por el Relator Especial sobre estos puntos, que figuran en los proyectos de artículos 5 y 8.

7. Sin embargo, en lo que concierne a la imprescriptibilidad, el Relator Especial parece haberse preocupado sobre todo de la aplicación de esta regla a la sustanciación de la causa, dejando a un lado la prescripción de la pena. En verdad que esta cuestión podría ser tratada en otra parte del código dedicada a la teoría de la pena, pero cabe preguntarse si no sería mejor examinarla entre los principios generales. Por otra parte, como el derecho penal general reconoce el principio de la solidaridad entre la acción pública y la acción civil, quizás fuera oportuno puntualizar que la acción civil también es imprescriptible. La consagración de este principio revestiría una gran importancia en el marco del examen de la responsabilidad de los Estados.

8. En cuanto al principio de la irretroactividad, su aplicación en derecho internacional no es tan fácil como en derecho penal general. El derecho internacional, en efecto, tiene carácter declarativo o de reconocimiento de la norma consuetudinaria y, en principio, no hace sino constatar la existencia de la norma de derecho: no es constitutivo de un derecho convencional. Siendo así, se puede comprender la preocupación que ha llevado al Relator Especial a enunciar el párrafo 2 del proyecto de

artículo 8, dejando al Comité de Redacción la decisión de si ese principio debe ser objeto de un párrafo separado.

9. La cuarta cuestión —la de la jurisdicción competente y la norma *non bis in idem*— está estrechamente relacionada con la de la competencia *ratione personae*. Si se acepta finalmente la responsabilidad penal del Estado, es difícil imaginar que la aplicación del código pueda encomendarse a los tribunales nacionales. Es cierto que, por el momento, la Comisión debe trabajar partiendo de la responsabilidad penal del individuo; sin embargo para no prejuzgar cuál será la solución que finalmente se adopte en esta materia, habría que indicar al comienzo mismo del proyecto de artículo 4 que esta disposición se entiende sin perjuicio de la creación de una jurisdicción penal internacional.

10. La competencia de los tribunales nacionales con respecto a los crímenes a que se refiere el código plantea, por otra parte, varios problemas. El primero es el de si la obligación en virtud del artículo 4, de juzgar al presunto culpable o de conceder su extradición exige previamente su detención, o si, como ha sido propuesto, cabe contentarse con exigir que el interesado se halle en el territorio del Estado, tanto si se trata del territorio real como del territorio ficticio (mar territorial, buques, etc.). El segundo es el de la pluralidad de competencias nacionales y su corolario, la norma *non bis in idem*. Indudablemente no se puede por menos de suscribir el enunciado de esa norma en una disposición del código. Sin embargo, en el proyecto de artículo 7, sería mejor hablar de condena por «hechos» que de condena por una «infracción», ya que el concepto de infracción puede abarcar hechos que no son por fuerza idénticos a aquellos por los cuales se ha perseguido ya al presunto autor del crimen ante el tribunal de otro Estado.

11. La primera opción ofrecida al Estado es el enjuiciamiento mientras que la segunda es la extradición; extradición formal evidentemente, y no disfrazada. Dada la diversidad de sistemas judiciales, sin embargo, el principio de la extradición puede tropezar con la oposición de determinados Estados, lo que explica el interés del proyecto de artículo 6 sobre las garantías jurisdiccionales. Una vez admitido el principio de esas garantías, la idea de hacer obligatoria la extradición a petición del Estado donde se haya cometido el crimen parece insoslayable. Por el contrario, no parece posible dejar al presunto autor del crimen la elección del fuero competente, pues ello iría en contra del carácter imperativo de las reglas de competencia. Por lo que hace a los casos de solicitudes de extradición múltiples, parece deseable un orden de prelación; pero esta cuestión, como las demás cuestiones de procedimiento, podría ser objeto de un protocolo. Sería conveniente, además, como han propuesto el Sr. Sreenivasa Rao (1994.ª sesión) y el Sr. Ogiiso (1997.ª sesión), incluir una disposición por la que se establezca que los crímenes enumerados en el código no serán considerados crímenes políticos, como se dice en el artículo VII de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Convendría, por último, denegar al presunto culpable el derecho de asilo, de conformidad con el párrafo 7 de la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, sobre principios de cooperación internacional en

⁷ Anuario... 1984, vol. II (segunda parte), pág. 18, párr. 65 a.

la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

12. La quinta cuestión es la del alcance de la responsabilidad. Se trata de una noción compleja, que supone que están reunidos y probados los elementos constitutivos del crimen, siendo suficiente la falta de uno solo de esos elementos para excluir la responsabilidad penal. En el proyecto de artículo 9, el Relator Especial propone en tal concepto algunas excepciones al principio de la responsabilidad. Esas excepciones, a juicio del orador, pueden distribuirse en dos grupos, según que se consideren *in personam* o *in rem*. En el primer grupo figuran la coacción física o moral y el error de derecho o de hecho, a las que se podría agregar la enajenación; se trata de causas de irresponsabilidad, a falta de intención criminal. El segundo grupo está constituido por causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad o fuerza mayor y la orden de una autoridad legítima tal como un gobierno o un superior jerárquico. Quizás convendría, pues, incluir dos disposiciones distintas, tituladas la primera «Causas de irresponsabilidad» y la segunda «Causas de justificación»; estas últimas, a diferencia de las causas *in personam*, excluyen la responsabilidad civil. Es indudable que las causas de irresponsabilidad y las causas de justificación no se aplican indistintamente a todas las categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero parece difícil indicar en el artículo 9 a qué categorías de crímenes se aplica una u otra noción que influye en la responsabilidad penal: incumbirá al juez apreciar su aplicación.

13. A juicio de algunos miembros de la Comisión, los conceptos de tentativa y complicidad deberían figurar entre los principios generales, dado que se trata de conceptos de carácter general que afectan al grado de responsabilidad penal. La autonomía del derecho penal internacional exige, en efecto, que el juez no se vea obligado a remitirse a este respecto a los conceptos de derecho interno, sino que disponga de reglas especiales, aun cuando éstas deban inspirarse en los principios del derecho penal general. Sin embargo, sería conviene que, de conformidad con las tendencias contemporáneas del derecho penal, y como propone el Relator Especial en el proyecto de artículo 14 presentado en su cuarto informe (A/CN.4/398, parte V), los conceptos de tentativa y complicidad se consideren como infracciones distintas desde el punto de vista de la pena aplicable.

14. El orador no ha abordado determinadas disposiciones de los proyectos de artículos porque no tiene esencialmente nada que objetarles. Refiriéndose a la cuestión de la aplicación del código, conviene en que si el código adopta la forma de una convención multilateral sus disposiciones tendrán fuerza ejecutoria inmediata y serán directamente aplicables por las jurisdicciones internas, sin que sea necesario incorporarlas a las legislaciones nacionales. Sin embargo, se inclina a adoptar la propuesta tendiente a afirmar en las cláusulas finales la obligación, para los Estados signatarios de la convención, de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar la aplicación de sus disposiciones y, sobre todo, aplicar sanciones penales eficaces. No sería inútil tampoco confirmar el principio de la obligación de los Estados de cooperar, que se enuncia en la resolu-

ción 3074 (XXVIII) de la Asamblea General (véase párr. 11 *supra*).

15. El Sr. BARSEGOV se propone, por el momento, formular algunas observaciones sobre la cuestión de la intención y acerca de las intervenciones de otros miembros.

16. Lo importante, en lo que concierne a esta categoría especial de crímenes que constituyen los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, es dar una definición exacta de la intención o los móviles, so pena de que algún crimen quede impune. Sin embargo, no parece que la Comisión haya tomado verdaderamente ese camino. En efecto, concluir, como lo hace la Comisión en su informe sobre su 38.º período de sesiones, que el «móvil [es] fundamental para la tipificación del hecho como crimen contra la humanidad»⁴ no está en conformidad con la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio ni con la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*. De igual modo, la definición del contenido del crimen contra la humanidad que el Relator Especial da en su cuarto informe (A/CN.4/398, párr. 25), adolece de imprecisión y asimila equivocadamente la intención y el móvil. Determinar la intención supone en realidad determinar el fin con que se ha cometido un acto, determinar si su autor quería alcanzar conscientemente un resultado criminal o si ese resultado se ha producido contra su voluntad. En cuanto al móvil, concierne a las razones, las consideraciones que han llevado al autor del hecho a realizarlo. Es cierto que esos conceptos de intención, premeditación, móvil, fin, coinciden parcialmente y pueden fácilmente confundirse. Sin embargo, esos conceptos acarrear consecuencias jurídicas claramente definidas y, por lo tanto, es importante determinar el papel de la intención y el móvil en el conjunto de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

17. En derecho penal, la intención y el móvil forman parte, como factores subjetivos, de los elementos que sirven para tipificar el hecho junto con el objeto y el sujeto del hecho, las consecuencias criminales y la relación de causalidad. ¿Es legítimo transponer automáticamente todos esos elementos en la definición de los crímenes a que se refiere el código sin tener en cuenta la especificidad de cada uno de ellos? ¿Constituyen la intención, y aún más el móvil, elementos necesarios para la determinación de la responsabilidad penal y de sus límites? La doctrina de derecho internacional pone en tela de juicio la posibilidad de esa transposición, y hasta los tratadistas que la aceptan, lo hacen con reservas. Así, en su manual de derecho internacional público, el Sr. Reuter señala:

La primera condición de la responsabilidad internacional del Estado es la existencia de un hecho ilícito, es decir, de un hecho contrario a las obligaciones internacionales de ese Estado⁵.

Tanto el contenido de la obligación internacional violada como el hecho ilícito y la importancia de la violación se definen por el resultado. Y añade:

⁴ *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 47, párr. 88.

⁵ P. Reuter, *Droit international public*, 5.ª ed. rev., París, Presses universitaires de France, 1976, collection Thémis, pág. 218.

[...] ciertas obligaciones se definen por el resultado final de la operación a que se refieren [...], otras obligaciones tienen por objeto un comportamiento determinado para la consecución de un resultado¹⁰.

El incumplimiento de la obligación internacional depende, en el primer caso, del resultado; en el segundo, depende de la incompatibilidad de actos que deben ser claramente definidos. Mas en ambos casos se trata de elementos objetivos o que pueden ser objetivamente comprobados. Por lo que respecta a los elementos subjetivos, el Sr. Reuter señala:

La jurisprudencia se ha visto obligada a introducir hasta cierto punto esos elementos subjetivos en el mecanismo de la responsabilidad.

Así, la jurisprudencia no puede, en ciertos casos, pasar por alto las intenciones que han inspirado un acto delictivo¹¹.

18. En la práctica del derecho internacional, hay que señalar que, entre todos los crímenes contra la humanidad, el genocidio es el único en cuya definición figura la palabra «intención», a saber, en el artículo II de la Convención sobre el genocidio. Ahora bien, en su resolución 96 (I), de 11 de diciembre de 1946, relativa al crimen de genocidio, la Asamblea General afirmó que el genocidio es un crimen de derecho internacional «por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean estos individuos [...] y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza»; la «intención» no es aquí tenida en cuenta. Tras una interpretación histórica de los trabajos preparatorios que llevaron a la elaboración de la Convención sobre el genocidio, el orador añade a este respecto que el término «intención» fue incluido en el texto de ese instrumento por la lamentable influencia de ciertos Estados, deseosos de limitar el ámbito de aplicación de la Convención, y que además se interpreta como un elemento subjetivo necesario de la definición, sin el cual no puede haber crimen. Huelga decir que la eficacia de la Convención resulta considerablemente debilitada.

19. Al analizar la cuestión de la intención como elemento constitutivo de la definición del crimen de genocidio, el Relator Especial, en su cuarto informe (*ibid.*, párr. 29), partía del principio de que se podía considerar «el objetivo del genocidio o el número de víctimas». Ahora bien, en el caso del genocidio —así como en el del *apartheid*— no es legítimo atenerse a la intención de destrucción masiva, sistemática. El carácter masivo del crimen, en efecto, presupone precisamente el fin consistente en destruir a un grupo de personas, aun cuando se considere el genocidio desde sus primeras manifestaciones, cuando se elimina parcialmente un grupo o que se cometen asesinatos aislados pero sistemáticos. Es imposible, pues, admitir que el peso del genocidio no pueda ser determinado más que por la intención subjetiva del ejecutor, porque esto equivaldría a dejar a este último una escapatoria para eludir su responsabilidad. Por otra parte, la historia del crimen de genocidio, en todos los casos conocidos sin excepción, demuestra que los autores de ese crimen siempre han negado en público la intención —expresada en documentos secretos, en forma encubierta, como «solución final»— aduciendo, en contra de la evidencia misma, el interés del Estado o la seguridad nacional y no vacilando en suprimir las pruebas de su responsabilidad. Ahora bien, son los

hechos, en este caso, que presuponen la intención, la cual se manifiesta por el resultado y el carácter masivo y sistemático del crimen, es decir, por elementos que pueden ser comprobados objetivamente. Afirmar que el aspecto fundamental del crimen contra la humanidad reside en la intención significaría privar a la definición de lo esencial, privar a la norma de derecho de su función social principal, puesto que el peligro de genocidio radica precisamente en el resultado y no en la intención.

20. No parece indispensable plantear la cuestión de la intención alegando la necesidad de una definición rigurosa, de la búsqueda de la objetividad, del deseo de garantizar una buena administración de la justicia. Sin duda, la premeditación, la intención, constituyen un elemento normal en derecho penal ordinario, en cuanto que el descuido, la negligencia pueden explicar que un hecho que hubiera podido ser considerado como un crimen ha sido en realidad cometido sin intención de cometerlo. Mas ¿cómo admitir, por ejemplo, que el empleo de armas nucleares de destrucción en masa sea ordenado por negligencia, por descuido, cuando las consecuencias son conocidas de todos? ¿Cómo admitir que millones de personas sean asesinadas por negligencia?

21. En el caso del genocidio, como en el de *apartheid*, los hechos considerados, lejos de ser espontáneos, son previstos, planificados, tienden a fines precisos, y son, por ello, punibles. Aunque se trate de actos de destrucción en masa organizados por un Estado, dirigidos por un gobierno, ejecutados por el ejército, la policía, la gendarmería u organizaciones criminales, el comportamiento criminal del individuo que ha cometido el crimen contra la humanidad no desaparece por eso, su intención no deviene menos evidente. ¿Puede haber, junto a las intenciones y fines del Estado que comete un crimen contra la humanidad, intenciones, móviles particulares de los individuos que son los ejecutores del acto? Sin duda. Pero las propias intenciones de los que ejecutan la voluntad del Estado pueden sumarse a la intención general, política, del Estado, y no sustituirla. Pretender lo contrario sería absurdo, si se piensa que la eliminación masiva de personas podría presentarse entonces como una serie de asesinatos aislados, cometidos por individuos a título particular. Ello significaría negar el genocidio, lo que, por otra parte, constituye la tesis del abogado que actualmente defiende a Klaus Barbie en el proceso de Lyon. Es más: la experiencia demuestra que el Estado que ha organizado un genocidio puede, si la situación política evoluciona en contra suya, manifestar su voluntad de castigar —o de hacer como si castigara— a un individuo determinado como criminal aislado, con la esperanza de eludir la consecuencias políticas y penales del hecho y la acusación de genocidio.

22. La definición del crimen tiene precisamente como objeto principal, permitir que se establezca una correspondencia entre, por una parte, las manifestaciones y el contenido del hecho cometido, y, por otra, los elementos que entran en la definición del crimen enunciado en la norma jurídica correspondiente. Al establecer esa correspondencia entre el hecho perpetrado individualmente y el crimen de genocidio como crimen contra la humanidad, es importante tener en cuenta todas las circunstancias que rodean el hecho cometido. En otras palabras, para definir la responsabilidad de un individuo

¹⁰ *Ibid.*, pág. 37.

¹¹ *Ibid.*, pág. 220.

determinado hay que tomar en consideración el lugar, el hecho mismo y la manera en que encaja en el crimen general de genocidio. Así pues, hay que compararlo con los hechos cometidos por los demás responsables del crimen de genocidio. En efecto, probar la existencia de asesinatos considerados como hechos aislados, independientes, no permitiría nunca definir el crimen de genocidio. En cambio, si se toman los hechos en conjunto, resulta posible entonces deducir un elemento común, a saber, la eliminación de los miembros de un grupo determinado.

23. De ahí se desprende que la cuestión de la complicidad reviste una importancia especial como elemento esencial de los crímenes contra la humanidad como el genocidio o el *apartheid*. En lo que se refiere a esos crímenes, la existencia de un vínculo objetivo entre el hecho criminal y sus consecuencias crea una base objetiva de responsabilidad penal, y permite comprobar que tales consecuencias no sólo se deben al hecho tipificado sino que también son el resultado de una intención deliberada. En otras palabras, la intención se determina mediante la comprobación de una serie de hechos idénticos, organizados, dirigidos a partir de un centro único. Cometer un hecho tipificado como crimen contra la humanidad sin intención, por inadvertencia, por negligencia, por error, es, dada la naturaleza del hecho, imposible. La intención deliberada, el móvil, están presentes intrínsecamente en el crimen de genocidio y se manifiestan de manera objetiva en la determinación de los hechos. En el caso del genocidio, basta incluso con probar el hecho y sus consecuencias, siendo superfluo demostrar la intención. En cualquier caso, la carga de la prueba no debe, ciertamente, recaer en las víctimas del crimen.

24. Todas estas observaciones sobre la intención como elemento subjetivo de la definición del crimen de genocidio son aplicables también al crimen de *apartheid*. En la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, este crimen se define, en el artículo II, como

[...] 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.

No se hace aquí ninguna referencia a la intención. El término «deliberada» aparece sólo en uno de los elementos de la definición del crimen de *apartheid*, en el apartado *b* del artículo II:

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

Todos los demás elementos de la definición del crimen de *apartheid* consisten en la descripción, bien de hechos concretos, bien de hechos cometidos con el fin de lograr resultados determinados, es decir, hechos que pueden ser objetivamente comprobados. En cuanto al móvil, el artículo III de la Convención dispone:

Se considerarán criminalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estados [...].

Este artículo, excluye sin ambigüedad toda posibilidad de invocar un móvil cualquiera para negar o limitar la responsabilidad. Este es el punto de vista que hay que adoptar para resolver la cuestión del móvil en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; se trata de un imperativo absoluto,

si se quiere luchar eficazmente contra el genocidio, el *apartheid* y demás crímenes contra la humanidad.

25. El Relator Especial y otros miembros de la Comisión obviamente se preguntan si es posible hacer extensivo el criterio de la intención a todos los crímenes contra la humanidad y al conjunto de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. No sólo este procedimiento no está fundado, sino que además la cuestión de la intención y de los móviles en el proyecto de código debe ser resuelta e interpretada a partir de los instrumentos internacionales que definen el ámbito de aplicación de esos crímenes, en defecto de lo cual la Comisión se vería obligada a considerar de manera subjetiva algunos de los elementos de los crímenes de que se trata.

26. Conviene señalar, por otra parte, que la definición del crimen de genocidio corresponde en parte a la del crimen de *apartheid* y que el vínculo entre esos crímenes está claramente enunciado en el preámbulo de la Convención sobre el *apartheid*, que dice:

[...] en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio ciertos actos que pueden calificarse también de actos de *apartheid* constituyen un delito del derecho internacional.

Análogamente, la Asamblea General, en una serie de resoluciones, ha tipificado la política y la práctica del *apartheid* como crímenes contra la humanidad, y ha llegado incluso a preguntarse si no había un vínculo sustancial entre el crimen de *apartheid* y el crimen de genocidio. Así, un grupo especial de expertos, integrado por juristas internacionales, ha aplicado los principios de Nuremberg¹² al crimen de *apartheid* y ha recomendado que se revise la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio con objeto de incluir en ella el crimen de *apartheid*.

27. De todas esas consideraciones se desprenden varias conclusiones: no sólo no hay que remitirse a la definición de genocidio para introducir el elemento intencional en la definición de todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, sino que, por el contrario, hay que interpretar el elemento intencional, tal como figura en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, no como un elemento indispensable para probar la voluntad del criminal de aniquilar a un pueblo, sino como un fin perseguido que es posible probar objetivamente a la luz de los actos cometidos. Si la Comisión adoptara el criterio de la intención, ésta constituiría sin duda una presunción de culpabilidad, pero la carga de la prueba seguiría recayendo en la víctima. Por eso convendría incluir en el proyecto de código una disposición inspirada en el artículo III de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, que excluye toda posibilidad de invocar un móvil cualquiera para justificar el crimen de *apartheid*.

28. El orador recuerda que los trabajos de la Comisión sobre el proyecto de código tienen su origen en el estatuto del Tribunal de Nuremberg¹³ y en la resolución 177 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947, sobre la formulación de los principios reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nu-

¹² Véase 1992.ª sesión, nota 12.

¹³ *Ibid.*, nota 6.

remberg. Dicho estatuto recoge las ideas fundamentales enunciadas en instrumentos como los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre¹⁴, el Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, de 1925¹⁵ y el Pacto Briand-Kellogg de 1928¹⁶. El estatuto del Tribunal de Nuremberg tiene indiscutiblemente, pues, una base sólida. Con todo, las bases jurídicas a veces tienen que evaluarse en una perspectiva histórica. Esta es la razón por la cual, desde mayo de 1945, los Aliados han declarado que el genocidio es un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y han suscrito el principio según el cual las personas culpables de este crimen deben ser castigadas. Los procesos celebrados después de la guerra constituyen el primer ejemplo de aplicación práctica de las normas y principios de derecho internacional enunciados en esta materia.

29. Así pues, el proyecto de código debe, conservando al mismo tiempo los aspectos jurídicos esenciales de las disposiciones del estatuto del Tribunal de Nuremberg, definir nuevos parámetros, proponer soluciones que sean función de elementos cualitativamente diferentes y tener en cuenta las realidades del mundo contemporáneo. Es necesario también que la parte general del proyecto refleje principios que estén de acuerdo con el desarrollo actual del derecho internacional y con el despertar de la humanidad a esas cuestiones, toma de consciencia que será la mejor garantía de la eficacia del código.

30. En relación con el proyecto de artículo 5 presentado por la Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/404), se ha dicho durante el debate que el principio de la imprescriptibilidad no debía aplicarse a todos los crímenes sin distinción, ya que algunos de esos actos eran crímenes de carácter penal general. Otros han mantenido que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad debían considerarse como si pertenecieran a una categoría de crímenes aparte, a los que se deben aplicar normas y principios jurídicos especiales, independientemente del paralelismo entre las legislaciones nacionales. A este respecto, el Relator Especial tiene razón cuando subraya en el comentario relativo al proyecto de artículo 2 el principio de la autonomía del derecho internacional penal, elemento clave para la solución de las cuestiones que se plantean en los proyectos de artículos siguientes, entre los que figura el de la imprescriptibilidad. Es verdad que en derecho interno los plazos de prescripción dependen de la gravedad de los crímenes. Mas en el presente caso, dada la gravedad excepcional de los crímenes sobre los que versa el código, la función preventiva de su imprescriptibilidad adopta una importancia particular; por otra parte, el

debate ha confirmado que la postura adoptada por el Relator Especial en el proyecto de artículo 5 es la acertada.

31. A los miembros de la Comisión que, a pesar de todo, abrigan dudas acerca de la posibilidad de probar la culpabilidad de un acusado una vez transcurrido cierto tiempo, cabe mencionar el ejemplo del proceso de Klaus Barbie, para el que no faltaron testigos y en el que se presentaron pruebas irrefutables 40 años después de los hechos en cuestión. Se ha dicho asimismo que la Comisión contemplaba ese problema con los anteojos del pasado. El orador, por su parte, ve en esa observación un estímulo para examinar las cosas de un modo aún más escrupuloso, para que el sangriento pasado no se convierta más adelante en pesadilla. Pierre Mertens escribió que había que ser ciego para no ver que el efecto de los crímenes de los nazis trascendía de los límites territoriales y temporales¹⁷. Las normas de derecho internacional relativas a esta materia tienen precisamente por objeto impedir que tales crímenes puedan reproducirse en el futuro y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad constituye un medio de prevención.

32. El orador señala que el derecho internacional tiene sus propias funciones y sus vías propias de desarrollo progresivo, y que no se puede ni se debe, en las relaciones entre Estados, tratar a toda costa de establecer una analogía estricta con la práctica nacional de los Estados. Ulrich Scheuner decía en 1939 que una influencia demasiado grande del derecho nacional sobre el derecho internacional pondría a este último en peligro, y que era sano y saludable que el derecho de gentes no arraigase demasiado profundamente en el derecho nacional. Según Scheuner, la fuerza del derecho de gentes radica en las ideas comunes que las naciones, por divergentes que sean sus regímenes interiores y su concepción del derecho, reconocen como necesarias y saludables en la esfera de la vida internacional¹⁸.

33. Finalmente, el orador invita a la Comisión a cumplir su mandato de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional mediante la confirmación de las normas en vigor, la consolidación del principio de la imprescriptibilidad de todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el establecimiento de la obligación de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para prevenir los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

34. El Sr. ROUCOUNAS anuncia que limitará sus observaciones a los proyectos de artículos 2, 4, 5, 6 y 9 presentados por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/404).

35. En el proyecto de artículo 2, la preocupación del Relator Especial parece haber sido la de salvaguardar la autonomía del derecho internacional y descartar la posibilidad de que el derecho interno sea contrario o indiferente al código. A decir verdad, este proyecto de artículo trata también de la «incriminación», además de la

¹⁴ Véase J. B. Scott, ed., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3.ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 1918.

¹⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 342.

¹⁶ Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional, de 27 de agosto de 1928. Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, pág. 57. En español, 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.

¹⁷ P. Mertens, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, pág. 11.

¹⁸ U. Scheuner, «L'influence du droit interne sur la formation du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, vol. 68, pág. 199.

«tipificación»; la finalidad perseguida no es sólo guardar distancias con el derecho interno, sino también demostrar que la Comisión ha reflexionado detenidamente sobre las bases materiales en que descansa la incriminación y que desea lograr la garantía del derecho mediante la uniformidad. Si bien no incumbe a la Comisión, en efecto, decir al legislador nacional cómo tiene que proceder para la aplicación del código, no puede ocultársele tampoco la interacción entre derecho internacional y derecho interno. Por ahora, en caso de crimen internacional corresponde al derecho interno determinar el tribunal competente y la pena aplicable; de ahí la necesidad de evaluar esa interacción, de salvaguardarla, pero quizás también de hacerla más explícita mediante un segundo párrafo que aclare cuál es la verdadera relación entre las disposiciones del código y el derecho interno.

36. En el proyecto de artículo 4, el Relator Especial ha estudiado con suma atención el problema delicadísimo de la extradición. A este respecto, la Comisión deberá tener en cuenta en primer lugar que algunos de los actos sobre los que probablemente versará el código, genocidio, *apartheid*, apoderamiento ilícito de aeronaves, por ejemplo, ya han sido incriminados en virtud de convenios internacionales en vigor. Seguidamente deberá preguntarse si algunas de las soluciones adoptadas en esos convenios satisfacen las necesidades del código. Por último, en una etapa posterior de sus trabajos, podría examinar la posibilidad de elaborar un anexo que establezca en detalle un mecanismo de extradición. Por ahora, la Comisión no debe perder de vista los acuerdos internacionales ya en vigor en este campo. En esas condiciones el párrafo 2 del artículo 4, puede parecer superfluo; no lo sería si la Comisión hiciera saber a la Asamblea General que estaría dispuesta a examinar la cuestión de la jurisdicción penal internacional si se la invitara a ello. El orador sería partidario de dar ese paso.

37. ¿Es preciso establecer en el proyecto de artículo 4 que los Estados partes deberán adoptar las medidas necesarias para proceder a la extradición? Esto es discutible, ya que la Comisión, al elaborar un código, debe preocuparse tanto del interés del individuo perseguido y acusado como del de la comunidad internacional. Ahora bien, el procedimiento de la extradición implica determinadas garantías, sobre todo judiciales, que la Comisión debe tratar de dar al inculpado. Por otra parte, una disposición tan vaga no incitaría, sin duda, a los gobiernos a adoptar las medidas esperadas; el alcance de sus obligaciones internacionales debe ser más preciso.

38. El orador desconoce hasta qué punto las mentalidades colectivas y gubernamentales han evolucionado en los últimos diez años, pero señala que, en el plano del derecho internacional positivo, las dificultades que plantea la extradición son enormes. En vista de esas dificultades, una solución posible sería que la Comisión incluyera en el proyecto de código una disposición que, inspirada en los instrumentos antes mencionados, cumpliría por los menos un doble fin: en primer lugar, permitiría al código servir de tratado de extradición para los Estados que sólo aceptan la institución de la extradición si está prevista en un texto convencional; en segundo lugar, añadiría los crímenes a que se refiere el código a los crímenes sobre los que versan los convenios

bilaterales y multilaterales en vigor. Por supuesto, habría que discutir el carácter obligatorio o no de tal disposición.

39. Sin embargo, otra solución sería disponer que el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad debe ser objeto de extradición independientemente del motivo por el que haya obrado. Mediante este método, adoptado ya en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio y en el Convenio europeo para la represión del terrorismo, de 1977¹⁹, la Convención se opondría a la excepción del delito político, ordinariamente invocada ante las jurisdicciones llamadas a pronunciarse en los casos de extradición. Por último, la Comisión debería examinar las relaciones entre extradición, asilo político y no discriminación.

40. Tras aprobar las sugerencias hechas por el Relator Especial en relación con el proyecto de artículo 5 y señalar la declaración del comentario (párr. 4) de que «la distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad no siempre resulta fácil», el orador dice que las dificultades no son sólo de orden práctico, sino también de orden teórico y científico, y que no se manifiestan únicamente en el artículo 5. De ahí la necesidad de una disposición separada sobre la imprescriptibilidad de los crímenes a que se refiere el código, para lograr una mayor coherencia y conformidad con la resolución 3 (I) de la Asamblea General, de 13 de febrero de 1946, relativa a la extradición y el castigo de los criminales de guerra, y con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

41. Por lo que respecta al proyecto de artículo 6, estima conveniente que el proyecto de código contenga disposiciones de este género, ya que la Comisión debe ofrecer a los gobiernos normas uniformes sobre las garantías de que debe gozar el acusado. Cuando exista ya un instrumento internacional en vigor, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión debería recoger sus disposiciones sin modificarlas demasiado, también en aras de la coherencia. Podría aclarar asimismo en el comentario las garantías reconocidas remitiéndose a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos; por su estudio de las comunicaciones individuales, por su diálogo con los Estados cuyos informes periódicos examina, ese Comité puede ofrecer una interpretación adecuada de las disposiciones del Pacto relativas a las garantías jurisdiccionales. Por último, el proyecto de artículo 6 debería ser completado mediante una disposición que garantice la protección del inculpado desde el momento de su detención.

42. En cuanto al proyecto de artículo 9, si la Comisión quiere tratar en esa disposición las causas de justificación, el orador prefiere no pronunciarse categóricamente sobre este punto, ya que la opinión que cabe formarse sobre esta cuestión depende del punto de vista desde el que se contemple y del sistema jurídico considerado. Por regla general, las causas de justificación se enumeran restrictivamente, ya que destruyen los elementos objetivos de la responsabilidad penal, pero también es cierto que, en determinados códigos penales, esas causas se

¹⁹ Consejo de Europa, *Convention européenne pour la répression du terrorisme*, Série des traités européens, N.º 90, Estrasburgo, 1977.

entrecruzan, se confunden y se distinguen difícilmente entre sí. Siendo así, la inclusión en el proyecto de código de conceptos tales como el de fuerza mayor, estados de necesidad y coacción, que no conciernen siempre a los mismos hechos en todos los países, requeriría acompañar el artículo de un comentario completo y preciso, a fin de explicar el sentido que se atribuye a las excepciones previstas.

43. Comprende las dificultades con que ha tropezado el Relator Especial en relación con la legítima defensa y advierte que, en el comentario (párr. 1), el Relator Especial limita el alcance de ese concepto al que se da en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

44. En cuanto al concepto de estados de necesidad, constituye una remisión a los códigos penales internos, pero encierra asimismo la idea de necesidad militar, que ha sido objeto de numerosas disposiciones, desde las instrucciones de Francis Lieber, en 1863²⁰, hasta los Convenios de Ginebra de 1949²¹ y sus Protocolos adicionales de 1977²². Comprueba sin embargo la existencia de una evolución netamente restrictiva de ese concepto y señala que los textos recientes no hablan más que de necesidad militar «imperativa». Análogamente, el estudio de la jurisprudencia de los tribunales militares pone de manifiesto que el estado de necesidad militar no se tiene en cuenta como causa de justificación. Por consiguiente, la Comisión debería pronunciarse sobre el contenido de ese concepto.

45. En casi todos los procesos entablados contra individuos acusados de crímenes de guerra desde la segunda guerra mundial y, más generalmente, en las conferencias internacionales y en los trabajos de codificación, se ha hablado de la exención de responsabilidad en virtud de obediencia debida. En el proyecto de código de 1954 (art. 4), la Comisión recogió las disposiciones del artículo 8 del estatuto del Tribunal de Nuremberg²³, y agregó una frase tomada de la sentencia de dicho Tribunal que se refería a la posibilidad moral de opción del autor del acto imputado. En el plano del principio, y no de la excepción, la obediencia debida a las órdenes recibidas no es una causa de justificación. Con ocasión de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, celebrada en Ginebra de 1974 a 1977, se trató de hallar una solución para esta importantísima cuestión y se presentó a la Conferencia un texto que tenía como finalidad precisar el derecho a negar obediencia, el principio de la no exención del inculpaado de su responsabilidad penal y la excepción a la no exención. Tras el fracaso del proyecto, que englobaba el conjunto del problema, la regla misma y las condiciones de admisibilidad de la excepción, se han formulado dos interpretaciones: para unos, el derecho en vigor seguía siendo aplicable; para otros, cuyo punto de vista no comparte el orador, se ha abierto el camino para impugnar en derecho positivo la no exención de responsabili-

dad. En vista de lo que antecede, cabe preguntarse si basta considerar las excepciones como lo hace el Relator Especial, sin examinar el problema en su conjunto; y es lícito pensar que la Comisión debería dedicar un artículo distinto a la obediencia debida, puesto que el código tiende a establecer una reglamentación que trasciende el derecho humanitario y abarca toda una serie de situaciones.

46. En cuanto al fondo mismo de la cuestión, el orador opina que existen los supuestos en que la orden ilícita no guarda relación con la situación jurídica del subordinado; otros supuestos en que es contraria al derecho interno del Estado a que pertenece el subordinado; y otros aún en que es contraria al derecho internacional sin que por ello sea objeto de regulación en derecho interno —para no hablar del caso, poco probable, en que la orden internacionalmente ilícita sería lícita en el plano nacional—. El Sr. Tomuschat (1993.ª sesión) ha planteado el problema, a la vez jurídico y práctico, de la relación entre error y conocimiento del derecho. Sin duda pueden darse a este respecto casos límite que es preciso examinar: la criminalidad del personal militar, por ejemplo, depende del concepto de proporcionalidad, que va penetrando progresivamente en el derecho de los conflictos armados. Sin embargo, en lo que concierne a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no parece que el problema del conocimiento del derecho se plantee en términos tan agudos, ya que el carácter particularmente odioso de esos crímenes no puede ser pasado por alto por ningún ser razonable. La doctrina y ciertas decisiones judiciales hablan incluso de «ilicitud manifiesta»; y un autor llega hasta formular el concepto de «criminalidad manifiesta», que es más flagrante que la «ilicitud manifiesta».

47. Este problema presenta otra faceta: se trata del supuesto en que la orden es ilícita pero el subalterno, aun sabiéndolo, debe obedecer. Puede darse, en efecto, que el autor del acto imputado invoque, bien la ignorancia de la ilicitud y la obligación de obediencia, bien sólo esta última obligación. Es cierto que no es fácil hallar una legislación nacional que prevea únicamente la obediencia absoluta y que las legislaciones suelen presentar una mayor variedad de matices; pero ésta es una razón de más para que la Comisión se plantee la cuestión de la excepción a la regla de la responsabilidad. Sobre este punto, el Relator Especial introduce, en el apartado *d* del proyecto de artículo 9, la reserva de la posibilidad de opción moral, concepto utilizado por el Tribunal de Nuremberg y recogido en el proyecto de código de 1954 (véase párr. 45 *supra*). Sin embargo, este concepto plantea graves problemas. Como las órdenes constituyen hasta cierto punto coacciones, la posibilidad moral de opción no está relacionada con la imposibilidad de desobedecer una orden conforme al derecho interno pero contraria al derecho internacional, ni con la posibilidad de decidir morir para no tener que ejecutar una orden ilícita o ejecutar una orden ilícita para no morir. La posibilidad moral de opción, para un subordinado, es el hecho de saber que participa en un crimen internacional cuando tiene la posibilidad de oponerse a la orden dada.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

²⁰ *General Orders N.º 100*, Adjutant General's Office, 1863, publicado después con el título *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1989.

²¹ Véase 1994.ª sesión, nota 7.

²² Véase 1992.ª sesión, nota 10.

²³ *Ibid.*, nota 6.