

do. En efecto, el texto propuesto, al menos en su primera variante, es análogo al usado en el inciso *b* del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, y el hecho de un Estado es el denominador común de todos los otros actos enumerados en el proyecto de artículo 11, tanto si se trata de la agresión como si se trata de la intervención o de la violación de las obligaciones que incumben a los Estados. El Sr. Calero Rodrigues se pregunta si la solución no consistiría en invertir la proposición del párrafo 2 del artículo 3 (Responsabilidad y sanción), que la Comisión aprobó provisionalmente en su anterior período de sesiones<sup>20</sup>, a fin de estipular en el capítulo I del proyecto que la responsabilidad del individuo está subordinada al establecimiento de la responsabilidad del Estado. En efecto, ¿cómo sancionar a un individuo que ha participado, por ejemplo, en un acto de agresión, si la comisión del acto que fundamenta la acusación no se atribuye al Estado? La misma observación puede además aplicarse a la intervención y a la dominación colonial. En esas condiciones, quizás convendría establecer expresamente en el proyecto de código la existencia de un vínculo entre el acto que entraña la responsabilidad del individuo y el hecho de que dicho acto es en definitiva un acto de un Estado.

35. Por lo que se refiere al párrafo 7, el Sr. Calero Rodrigues se remite a las observaciones que acaba de hacer a propósito del mercenarismo (párr. 31 *supra*).

36. Resumiendo sus observaciones, el Sr. Calero Rodrigues dice que desearía que a cada acto previsto correspondiera un proyecto de artículo, que la amenaza de la agresión y el mercenarismo fueran excluidos de la lista de actos que constituyen crímenes, y que se refundieran las disposiciones de los párrafos 4 y 5 del artículo 11. Desearía sobre todo que la Comisión misma, habida cuenta de las observaciones de sus miembros, se pronunciara sobre el texto que ha de remitirse al Comité de Redacción o, en otras palabras, sobre el contenido mismo de la lista de actos criminales propuesta por el Relator Especial, decidiendo si debe mantenerse, ampliarse o restringirse. En cualquier caso, confía en que la Comisión pueda hacerlo en el curso del actual período de sesiones. La función de la Comisión no es elaborar un código general de derecho penal internacional, y el proyecto de código no se refiere a la responsabilidad de los Estados, sino a la de los individuos, por actos concretos. Por esa razón, el código debe ser preciso y conciso; de otra manera sería inútil e inaplicable.

37. El Sr. FRANCIS dice que, tras haber escuchado al Relator Especial, desea formular algunas observaciones preliminares sobre la preparación de la agresión, y responder al Sr. Calero Rodrigues acerca de una cuestión concreta.

38. El orador, estimando que el Relator Especial tiene la intención de no incluir la preparación de la agresión en el proyecto de código, subraya, invocando la historia reciente y particularmente la segunda guerra mundial, que algunas agresiones van necesariamente precedidas de preparativos, por lo que opina que la preparación de la agresión debe incluirse en el proyecto, sin que ello

afecte la legitimidad de las actividades relacionadas con el derecho de la propia defensa de un Estado. Considera igualmente que convendría incluir la amenaza del uso de la fuerza.

39. Refiriéndose a las observaciones del Sr. Calero Rodrigues sobre el mercenarismo, el Sr. Francis dice que, en su opinión y sin perjuicio de la interpretación del mercenarismo en la Definición de la agresión, el código debería ser igualmente aplicable a los casos en que un individuo comete un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad sin que detrás de ese acto haya un hecho del Estado.

40. El Sr. Francis se reserva el derecho a referirse posteriormente al sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/411).

41. El Sr. KOROMA señala que el Acta Final de Helsinki no es el único instrumento que consagra el derecho a la libre determinación en el plano interno.

*Se levanta la sesión a las 11.35 horas.*

## 2054.ª SESIÓN

*Miércoles 1.º de junio de 1988, a las 10 horas*

*Presidente: Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ*

*Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Benouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.*

1. El PRESIDENTE dice que los miembros de la Comisión se enterarán sin duda con satisfacción de que, en la semana del 23 al 27 de mayo, la Comisión ha utilizado al 100% el tiempo y las facilidades del Servicio de Conferencias que tiene atribuidos.

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación) [A/CN.4/404<sup>2</sup>, A/CN.4/411<sup>3</sup>, A/CN.4/L.420, secc. B, ILC(XL)/Conf.Room Doc.3 y Corr.1]**

[Tema 5 del programa]

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>20</sup> *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 15.

SEXTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

ARTÍCULO 11 (Actos que constituyen crímenes contra la paz)<sup>4</sup> (continuación)

2. El Sr. BARSEGOV da las gracias al Relator Especial por su puntual presentación de la documentación que refleja plena y objetivamente las opiniones expresadas hasta la fecha por los Estados y que, en consecuencia, facilitará los trabajos de la Comisión.

3. El orador tenía la intención de hablar acerca de disposiciones específicas del proyecto de artículo 11, pero durante el debate de la sesión anterior surgieron algunas cuestiones de concepto, a las que desea referirse. Su principal preocupación es que se proponen soluciones que, por su misma naturaleza, pueden conducir a la Comisión a un callejón sin salida. Sin poner en duda la premisa de que el código debe abarcar los crímenes de individuos, no puede estar de acuerdo con las conclusiones relativas a la definición de los actos que constituyen un crimen. En particular, la opinión expresada de que como el código debe abarcar los crímenes cometidos por individuos, lo que debe considerarse como un crimen deben ser hechos separados distintos del crimen en general, tales como la agresión, la interferencia en los asuntos internos de los Estados, el colonialismo, etc. Se ha dicho que el derecho penal es específico por naturaleza y requiere solamente establecer los hechos y su correspondiente castigo. Sobre esa base se ha propuesto que no se incluya una definición de crimen internacional en el código.

4. A primera vista esta postura parecería, con un criterio jurídico, plenamente justificada: es evidente que a un individuo no se le puede hacer por entero responsable de crímenes tales como la agresión y el colonialismo cometidos por un Estado. Pero un examen más detenido de los efectos de esta postura pone claramente de manifiesto sus deficiencias: imperceptiblemente puede conducir al desmoronamiento del código. Los crímenes internacionales contra la paz y la seguridad de la humanidad, que se caracterizan por cometerse en gran escala, su carácter masivo y por su gravedad, quedarían reducidos a sucesos discretos, aislados, que no constituirían otra cosa que hechos delictivos comunes. La agresión quedaría reducida a una serie de muertes, violaciones de fronteras nacionales, etc. Quedaría inevitablemente minada la trascendencia universal del código en cuanto instrumento para prevenir los crímenes perpetrados por un Estado por medio de los actos criminales de sus agentes, individuos o miembros de su policía y sus fuerzas armadas.

5. Tal fragmentación sería un error no sólo en el caso de crímenes cometidos por individuos como parte de un crimen de Estado (por ejemplo, la agresión), sino también en el caso de crímenes cometidos directamente por individuos (por ejemplo, el mercenarismo). El código debe dar una definición general de los actos que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad que no sólo describa esos crímenes como un fenómeno de la vida internacional, sino que también ex-

ponga la amenaza pandémica que los actos criminales de individuos representan para la humanidad.

6. El Sr. FRANCIS dice que el Relator Especial ha preparado un sexto informe (A/CN.4/411) interesante y bien escrito. Sin embargo, no puede suscribir la opinión (*ibid.*, párr. 9) de que, en vista de que la anexión ya se ha mencionado en la Definición de la agresión de 1974<sup>5</sup>, no hay necesidad de que figure en el código. La Definición de la agresión menciona la «anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él» (art. 3 a). Pero la anexión puede realizarse por otros medios que no son el uso de la fuerza. El orador cita el ejemplo de una población autóctona que aspira a la independencia, la cual le es finalmente concedida por el gobierno metropolitano. Con posterioridad, ese gobierno es derribado en virtud de unas elecciones legislativas por un partido opuesto a la liberación del territorio, y unos grupos del territorio afines a tal partido son alentados a dar un golpe de Estado, con el que se declara que el territorio forma parte nuevamente del país metropolitano. En tal caso, el nuevo gobierno del país metropolitano no habrá enviado fuerzas armadas al territorio para recuperarlo: puede realizar ese objetivo con medidas legislativas, respaldadas por la voluntad de la nueva «mayoría».

7. Evidentemente, la Definición de la agresión no se aplicaría a esa situación. El Sr. Francis señala a la atención de los miembros de la Comisión la formulación más amplia y flexible enunciada en el párrafo 8 del artículo 2 del proyecto de código de 1954: «la anexión [...] mediante actos contrarios al derecho internacional». La Comisión debería recordar que la finalidad de la Definición de la agresión y la finalidad del proyecto de código no siempre son idénticas.

8. El Sr. Francis se inclina a suscribir el comentario formulado por el Relator Especial (A/CN.4/411, párr. 10) en el sentido de que el envío de bandas armadas al territorio de otro Estado está ya previsto en la Definición de la agresión. Tal vez la Comisión no tenga que llevar más lejos esta cuestión, pero el orador se reserva su juicio al respecto hasta que se finalice la disposición sobre el terrorismo.

9. El Relator Especial tiene mucha razón al referirse, en su examen de la intervención en los asuntos internos y externos de un Estado (*ibid.*, párrs. 12 y ss.), a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>6</sup>, a la resolución 78 de la Asamblea General de la OEA de 21 de abril de 1972 (*ibid.*, párr. 25) y al fallo de la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)* (*ibid.*, párr. 17). El orador suscribe plenamente la conclusión a que llega el Relator Especial (*ibid.*, párr. 27), en el sentido de que el elemento de coacción es lo que determina el punto en que la injerencia o intervención pasa a ser ilícita. El Relator Especial sugiere cualquiera de dos líneas de conducta para determinar cuándo ha ocurrido intervención (*ibid.*, párr. 34). Por

<sup>5</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo.

<sup>6</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2053.ª sesión, párr. 1.

su parte, el orador sería partidario de adoptar ambas fórmulas en el proyecto de código más que de seleccionar una de ellas.

10. El Relator Especial explica (*ibid.*, párrs. 41 y 42) que, por deferencia para con los miembros de la Comisión que aducían que la expresión «dominación colonial» es un anacronismo, él ha propuesto que se sustituya por la expresión «subyugación, dominación y explotación extranjeras». Por su parte, es resueltamente partidario de la formulación original. Después del proceso de descolonización, el proyecto de código estaba destinado a hacer frente a los últimos y más obstinados reductos de la dominación colonial y prevenir la reaparición de esas situaciones en el futuro. La dominación colonial es una noción desagradable, pero sigue siendo una realidad en el mundo actual y algunas situaciones en que todavía subsiste llevan consigo crímenes contra la paz y la seguridad internacionales y contra la humanidad. La finalidad del proyecto de código no es condenar a los Estados que han tenido en otros tiempos colonias, ni censurar a los territorios que han optado por seguir bajo la protección de la Potencia metropolitana, sino esencialmente rectificar la injusticia inherente en los restantes casos en que poblaciones indígenas están tan anhelantes de conseguir la independencia que están dispuestas a arriesgar la vida para conseguirla.

11. En cuanto al texto del proyecto de artículo 11, el orador está de acuerdo con la forma propuesta. En el párrafo 1, que trata de la agresión, tal vez convenga incluir una cláusula adicional o salvedad semejante a la que figura en el artículo 4 de la Definición de la agresión, en la que se disponga que la lista de actividades constitutivas de agresión no es exhaustiva, manteniendo así la autoridad del Consejo de Seguridad para determinar otros actos de agresión.

12. Respecto al párrafo 3, que trata de la intervención/interferencia, su preferencia por una combinación de las dos variantes sugeridas por el Relator Especial puede lograrse convirtiendo la primera variante en parte de un *chapeau* que termine con la expresión «particularmente», para dar lugar a casos no contemplados en los incisos i) y ii) de la segunda variante.

13. En la definición de los actos de terrorismo, el Relator Especial se funda tal vez excesivamente en la Convención para la prevención y represión del terrorismo, de 1937<sup>7</sup>. El orador preferiría que en vez de destacar tanto el jefe del Estado y los bienes públicos se extendiera el ámbito de aplicación a todos los individuos y todos los bienes en general. El apartado *a* del párrafo 3 podría ampliarse de modo que abarque la coacción pasiva, pero en todo caso tiene que seguir siendo una formulación muy general, a fin de permitir la mayor enumeración clásica de los actos de terrorismo, algunos de los cuales figuran en el apartado *b* del párrafo 3.

14. Sobre la cuestión de la dominación colonial, el Sr. Francis prefiere la primera variante del párrafo 6, que está en consonancia con el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>8</sup>. Cree que la segunda variante es una fórmula de transacción destinada a abarcar la situación del

Oriente Medio. La Comisión debería adoptar la referencia a la dominación colonial, sin perjuicio de la causa palestina.

15. Aunque la definición de un mercenario contenida en el párrafo 7 deriva del artículo 47 del Protocolo adicional I<sup>9</sup> a los Convenios de Ginebra de 1949, la Asamblea General ha mostrado recientemente su inquietud acerca de ciertos aspectos de la solución de 1949 y ha revisado el texto del documento de negociación en su cuadragésimo segundo período de sesiones, de 1987. Sería pues poco oportuno que la Comisión hiciera una recomendación positiva sobre este punto en esta etapa.

16. El Sr. REUTER dice que cuando se trata un tema como el que está examinando la Comisión, hay siempre la tentación de salirse del marco específico del tema y ocuparse de cuestiones generales. La única manera posible de aminorar esta tendencia, que es ciertamente necesaria, consiste en tratar de vincular los problemas generales con el texto siempre y cuando esté justificado vincularlos.

17. El asunto de la agresión no es una cuestión que haya quedado descuidada, y el Relator Especial ha citado tratados, la Carta de las Naciones Unidas y textos jurídicos de menor importancia, tales como la Definición de la agresión de 1974<sup>10</sup> y la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>11</sup>. Otros datos tienen una importancia más relativa, como la jurisprudencia de la CIJ.

18. En vista de una documentación tan voluminosa, es difícil saber si la Comisión debería organizar esos textos y agregar su propia aportación de desarrollo o clasificar la documentación para producir un compendio de principios. La cuestión no es sencilla; y es más complicada en el caso de la agresión que en el de los otros problemas con que la Comisión se encontrará más adelante. Pues, además del aspecto normativo, existe un aspecto institucional de la materia, puesto que hay, o puede haber, decisiones concretas acerca de casos de agresión. Ello no ha pasado inadvertido al Relator Especial, que en su comentario sobre el párrafo 1 del proyecto de artículo 1, señala que la interpretación y la prueba «son competencia del juez». A título de ejemplo, el orador señala que el Consejo de Seguridad tiene facultades decisorias con respecto a la agresión, pero no facultades judiciales, por cuanto su preocupación primordial es la paz. Si hay una decisión del Consejo de Seguridad en que se reconoce la existencia de una agresión, los Estados no están en libertad de decir que no ha habido agresión. El orador no acierta a ver cómo, si el Consejo de Seguridad decide que no ha habido agresión, puede un juez nacional adoptar una decisión distinta.

19. Las consideraciones que anteceden son ejemplo de algunas de las dificultades que plantea la relación entre el texto que tiene en examen la Comisión, el derecho de los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

<sup>7</sup> Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, aprobado en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 217).

<sup>10</sup> Véase nota 5 *supra*.

<sup>11</sup> Véase nota 6 *supra*.

<sup>8</sup> Sociedad de las Naciones, documento C.546.M.383.1937.V.

<sup>9</sup> Véase 2053.ª sesión, nota 17.

El orador no cree que la CIJ en el fallo sobre el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (*ibid.*, párr. 17) haya tratado realmente de establecer un paralelismo entre el tratado y la costumbre, aunque se haya visto obligado a hacerlo por razones de orden jurisdiccional. Lo que la Corte dice esencialmente es que el derecho de los tratados, lo mismo que la costumbre, se deriva de los principios.

20. El Relator Especial ha procedido con mucho cuidado en la redacción del artículo 11, pero tal vez pudiera proponerse algo más claro. El artículo contiene, en primer lugar, una definición general de la agresión y una nota explicativa, que es a la vez un elemento del texto del artículo y un elemento que podría incluirse en el comentario. El Relator Especial parece solicitar las observaciones de los miembros de la Comisión sobre este punto.

21. A propósito del apartado *b* del párrafo 1, el orador comparte la preocupación del Sr. Calero Rodrigues (2053.ª sesión) en el sentido de que la Comisión debería tratar de formular una redacción más precisa para el complejo grupo de actos que constituyen la agresión. El apartado *c* del párrafo 1, relativo al alcance de la definición, suscita las mismas observaciones que la nota explicativa del inciso ii) del apartado *B* del párrafo 1.

22. Al hacer su elección, la Comisión no debe tratar de citar todos los pasajes pertinentes de la Carta, de la Definición de la agresión y de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, sino que referirse a cada una sucesivamente, añadiendo los fallos de la CIJ y otros casos concretos a título de ejemplo. Tal vez podrían utilizarse los siete puntos del apartado *b* del párrafo 1, como lo sugiere el Relator Especial; ello mostraría que la Comisión respeta el procedimiento de elaboración acostumbrado y que no tiene la intención de reemplazarlo, sino que simplemente ha mencionado los casos más pertinentes. También se necesitaría una cláusula de excepción, relativa a todas las reservas respecto a las exenciones dimanantes del derecho internacional general, pero sin mencionar las razones de ellas. De este modo la Comisión mostraría respeto por las autoridades superiores, a la vez que proporcionaría algo concreto y haría notar el carácter relativo de la aplicación práctica de la definición. Estas observaciones generales tendrán una aplicación concreta más adelante; por ejemplo, al tratar de una convención sobre el *apartheid*, la Comisión habrá de decidir entre mejorar el texto, enriquecerlo, atenuarlo u optar por una solución intermedia.

23. Refiriéndose al punto planteado por el Sr. Calero Rodrigues, el orador se pregunta si la Comisión debe disponer que los crímenes individuales a que se refiere el texto sólo quedarán comprendidos en las disposiciones de éste si hay un crimen paralelo por parte del Estado como tal. Sobre este punto el orador prefiere no dar una respuesta general, ya que desgraciadamente la idea de un crimen internacional de un Estado no está todavía muy clara, aunque la Comisión ha establecido algunos hechos al respecto. Por ejemplo, el orador puede concebir una situación en la que un Estado sea responsable internacionalmente, aunque no por un crimen. Cabe imaginar que se considere responsables a algunos de sus

agentes, pero que el Estado mismo no pueda ser castigado; y la Comisión ha evitado cuidadosamente la cuestión de las penas por crímenes de los Estados. El orador no tomará posición sobre la cuestión, pero, por lo que se refiere al principio general, considera que se impone la flexibilidad.

24. En cuanto al significado exacto de la «preparación de la agresión», el orador opina que esta expresión no es aplicable a los ejercicios militares destinados a prever todas las eventualidades. Un ejemplo de esa preparación lo ofrece el Acuerdo de Munich de 1938, en el que intervino la decisión de Hitler, fríamente meditada, de llevar a cabo la agresión y hacer uso de todo el aparato del Estado para prepararla. Francia ha sostenido siempre que el plan de anexión de Checoslovaquia había sido decidido antes del Acuerdo de Munich, de suerte que la firma de Francia fue obtenida por fraude. Habría que redactar una definición precisa que abarque esa posibilidad.

25. Sobre la cuestión de la amenaza, todos participan de la preocupación del Sr. Calero Rodrigues. Pero mientras que éste no es partidario de hacer de la amenaza un crimen individual, el orador por su parte piensa lo contrario. Es improbable que se hagan en el futuro amenazas de agresión, puesto que se harán en forma que no pueda calificarse de agresión. Y no sería el Estado sino un agente del Estado el que amenazaría, de un modo secreto y discretamente. Además, es dudoso que una amenaza no seguida de algún tipo de acto incipiente constituya un crimen. De ahí que, si se mantiene el concepto de «amenaza», tendría que hacerse más explícita. El orador está dispuesto a acoger cualesquiera propuestas si los miembros de la Comisión desean desarrollar esta idea.

26. Con respecto al párrafo 7 del artículo 11, es difícil imaginar una situación en que intervengan mercenarios que no esté respaldada por uno o varios Estados. Ello es una forma de agresión del Estado y debería hacerse una mención de ella en las definiciones relativas a las bandas armadas. Un aspecto de la cuestión que ha pasado inadvertido a los estudiosos occidentales es la extrema fragilidad de ciertos Estados que, debido a su colonización, tienen estructuras que les han colocado a merced de una banda de criminales. Su propia experiencia en el trabajo con los organismos internacionales en materia de tráfico de drogas ha mostrado al orador los enormes medios con que cuenta la criminalidad organizada, y contra la cual hay que ofrecer una defensa. Como es sumamente difícil obtener pruebas en tales casos, el orador no ve razón alguna para no incluir, como crimen internacional, el mercenarismo en el que no hay prueba concreta de participación de un Estado.

27. El Sr. McCAFFREY felicita al Relator Especial por su lúcido y preciso sexto informe (A/CN.4/411), que trata de cuestiones que la Comisión ha estado examinando desde 1985. El orador ha tenido pues oportunidad de exponer sus opiniones sobre muchos aspectos y podrá ser breve en esta ocasión.

28. Ante todo, el Sr. McCaffrey desea exponer sus persistentes y serias dudas acerca de la conveniencia del tema. Esas dudas, huelga decirlo, nada restan a su admiración por el trabajo del Relator Especial. La realidad es, no obstante, que el tema es sumamente político y que no es conveniente que lo trate la Comisión.

29. Hay una manifiesta falta de voluntad política por parte de los Estados para llevar a la práctica un código del tipo que se está examinando. Es significativo que desde que acabaron los juicios de los principales criminales de guerra no se haya enjuiciado a ningún individuo vinculado oficialmente a un Estado por crímenes tales como los que se mencionan en el proyecto de código. En ciertos casos como el de Klaus Barbie no está implicado un Estado sino solamente un individuo. No hay ninguna indicación de que exista por parte de los Estados voluntad alguna de procesar a funcionarios por crímenes como los que se examinan, y menos todavía la voluntad de conceder la extradición de alguno de sus funcionarios por esos crímenes y de permitir que sean juzgados por otro Estado. En realidad, el Sr. McCaffrey se atrevería a decir que cualquier intento de establecer normas de esta índole puede más bien poner en peligro la paz y la seguridad internacionales que preservarlas.

30. En los últimos años ha habido muchos actos por parte de los Estados que de modo patente constituyen agresión, intervención en los asuntos de otros Estados o incluso genocidio: hay en la actualidad un ejemplo de un Estado que hace morir de hambre a una parte de su población. La comunidad internacional ha pasado por alto todos estos actos.

31. Estos hechos ponen de manifiesto el carácter delicado del presente tema y la falta de voluntad para llevar a la práctica un código de la índole que se examina. Y la cuestión de la aplicación es de capital importancia; la Comisión ha pedido en más de una ocasión instrucciones a la Asamblea General acerca de la formulación del estatuto de la jurisdicción penal internacional, pero no ha recibido respuesta. La única manera de llevar a la práctica el código propuesto sería contar con la ayuda de un tribunal penal internacional dotado de jurisdicción obligatoria.

32. El Sr. Calero Rodrigues (2053.ª sesión) ha planteado la cuestión relativa a la manera de determinar si un individuo puede ser declarado responsable por los crímenes tipificados en el proyecto de código, habida cuenta de que esos crímenes han sido considerados tradicionalmente como hechos de un Estado. La solución consistiría en que el artículo correspondiente especificara que los responsables son las personas que han ordenado el hecho, lo han planeado o se han hecho cómplices de su perpetración. Los individuos responsables serían personas situadas en cargos muy altos.

33. Respecto a la agresión en general, se refiere al análisis (A/CN.4/411, párrs. 6 a 10) que el Relator Especial hace de la cuestión de si la preparación de la agresión, la anexión y el envío de bandas armadas al territorio de otro Estado deben considerarse o no como crímenes distintos de la agresión. Desde el primer momento, el orador se ha considerado favorable a la idea de que esos actos no deben tratarse como crímenes separados. Durante el actual debate, no obstante, el Sr. Reuter y el Sr. Francis (2053.ª sesión) se han manifestado resueltamente partidarios de tratar la preparación de la agresión como un crimen aparte. En consecuencia, hay que estudiar detenidamente esa sugerencia, a condición siempre de que pueda formularse una definición lo bastante precisa de la preparación de la agresión; la precisión debe

ser la norma que ha de servir de guía para todas las disposiciones de un proyecto de código.

34. Refiriéndose al tema de la intervención en los asuntos internos y externos de un Estado, el Sr. McCaffrey manifiesta su preferencia por el término «intervention» en lugar de la expresión más general de «interference» en el texto inglés. La clave de la dificultad en lo que se refiere a la intervención ha sido expuesta por el Relator Especial muy claramente en su informe con los siguientes términos: «No cabe duda de que resulta difícil excluir de las relaciones internacionales la influencia que tienen algunos Estados sobre otros y que a veces es recíproca» (A/CN.4/411, párr. 13). El Relator Especial añade muy acertadamente que no es ese tipo de intervención «el que interesa aquí». El problema estriba en cómo trazar la línea divisoria entre la intervención admisible y la no admisible. En el 37.º período de sesiones de la Comisión, en 1985, el orador puso de relieve los inconvenientes de adoptar una definición demasiado general de la coerción, que supondría declarar fuera de la ley la diplomacia y ciertos actos frecuentes en las relaciones internacionales para ejercer presión, tales como la supresión de ciertas ventajas, la negación del voto para un préstamo en una institución financiera internacional y la aplicación de contingentes de importación<sup>12</sup>. Todo el mundo reconoce que esos actos son admisibles, pero el uso de términos vagos y generales lo incluiría dentro del ámbito de la «coerción».

35. El Relator Especial ha citado la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>13</sup> como fundamento jurídico para el principio de la no intervención (*ibid.*, párr. 16). Es útil señalar que la parte pertinente de la Declaración es perfectamente específica. Dice lo siguiente: «Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos [...]» (segundo párrafo del tercer principio). Se trata claramente de una referencia a un intento criminal específico por parte del Estado que ejerce la coacción para obtener esa subordinación. Para cualquier disposición sobre el tema de la intervención, sería conveniente inspirarse en los términos de la Declaración, ajustándola para que sea aplicable a individuos.

36. El Sr. McCaffrey se refiere a continuación al Principio VI de la Declaración que figura en el Acta Final de Helsinki<sup>14</sup>, que trata de la no intervención en los asuntos internos. Esa disposición menciona expresamente la intervención «armada» y la coerción encaminada a subordinar los derechos soberanos de otro Estado. Así, pues, el acento se pone claramente en la intervención que lleva consigo el uso de la fuerza. De ahí que el orador no esté de acuerdo con la sugerencia del Relator Especial de que «se debe entender aquí la palabra “fuerza” en sentido amplio, es decir, no sólo el uso de la fuerza armada, sino también todas las formas de presión que tienen carácter coercitivo», ni con su conclusión según la cual esa expresión «por lo tanto, abarca todas las formas de intervención» (A/CN.4/411, párr. 20).

<sup>12</sup> Véase *Anuario... 1985*, vol. 1, pág. 55, 1885.ª sesión, párr. 51.

<sup>13</sup> Véase nota 6 *supra*.

<sup>14</sup> Véase 2053.ª sesión, nota 16.

37. La precisión es esencial en un código de crímenes que ha de ser aplicable a individuos, y la observancia de la norma *nullum crimen sine lege* exige que las disposiciones tengan un carácter específico. A este respecto, la declaración general del Relator Especial en el sentido de que «así pues, es el elemento de coacción lo que diferencia a la intervención lícita de la intervención ilícita» (*ibid.*, párr. 27) es de poca utilidad. El uso de esa expresión general sólo sería aceptable si hubiese un tribunal internacional para determinar qué es lo que constituye «coacción». En defecto de tal tribunal, el Sr. McCaffrey consideraría mucho más preferible la segunda variante propuesta por el Relator Especial para el párrafo 3 del proyecto de artículo 11, relativo a la intervención. Dada la vaguedad de la noción de coacción, es esencial que se limite a los actos que suponen el uso de la fuerza. Este criterio estaría en consonancia con la decisión de la Comisión de que el proyecto de código sólo incluya los crímenes de mayor gravedad; hay además la consideración de orden práctico de que la coacción que implica el uso de la fuerza es más fácil de determinar. Otras formas de persuasión son mucho más difíciles de demostrar.

38. El Sr. McCaffrey está de acuerdo con la sugerencia del Sr. Calero Rodrigues en el sentido de que el artículo 11 se redacte desde el punto de vista de la responsabilidad criminal del individuo, que ha de estar subordinada a la responsabilidad del Estado. Tal como el orador lo entiende, el Sr. Calero Rodrigues no sugiere que deba estar necesariamente implicada la responsabilidad criminal del Estado. De todos modos, se suscitarían dificultades prácticas si, para formular una acusación contra un individuo en aplicación del código, hubiera que aguardar a que el Estado de que se trate fuera declarado responsable. Ello daría lugar a un gran retraso y podría ser que la responsabilidad del Estado no se demostrara nunca.

39. Los actos de agresión de que trata el párrafo 1 del artículo 11 suscitan graves dificultades. La Asamblea General trabajó durante más de 20 años en la elaboración de la Definición de la agresión<sup>15</sup> y aprobó finalmente un texto que, después de enumerar una serie de actos que constituyen agresión, señala (art. 4): «La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta».

40. Lo que ahora se propone es que, con arreglo al código, sea posible condenar a individuos por el crimen de agresión. En defecto de una jurisdicción penal internacional, sería necesario contar con una jurisdicción universal para imponer tales condenas. De este modo habría que dejar que los tribunales nacionales se encargasen de aplicar las disposiciones relativas al crimen de agresión, y el resultado sería inevitablemente toda una serie de interpretaciones diversas.

41. En cuanto a la amenaza de agresión, el Sr. McCaffrey se había opuesto inicialmente a la inclusión de ese concepto. Pensándolo bien, sin embargo, está dispuesto a considerar esa posibilidad a condición de que la amenaza esté ligada a la intención y finalidad específicas de subordinar el ejercicio de los derechos soberanos del Estado amenazado.

42. Sobre la cuestión de la intervención, el orador propone que se incluya en la segunda variante del párrafo 3 del artículo 11, que es el texto que prefiere, una referencia a los actos «que perturben o amenacen la soberanía o la seguridad nacionales de otro Estado».

43. Acoge con agrado la definición que da el Relator Especial de los «actos de terrorismo» (párr. 3 a), pero se pregunta si la palabra «criminal» no podría ocasionar dificultades, puesto que sería necesario decidir con arreglo a qué sistema de derecho se reputan criminales esos actos. Normalmente, claro está, se tratará de actos tan odiosos que tendrán el carácter de criminales con arreglo al derecho de cualquier Estado, pero cabe imaginar que se produzcan situaciones en las que no concorra el requisito de la doble incriminación o la identidad previsto en la mayoría de los tratados de extradición. El orador no cree que la cuestión del terrorismo deba tratarse necesariamente bajo el epígrafe de la intervención, aunque en este asunto no tiene un criterio cerrado.

44. La lista de los actos de terrorismo es útil. De todos modos, el Sr. McCaffrey duda de que los daños a los bienes públicos o destinados a un uso público [párr. 3 b, ii)] sean normalmente lo bastante graves para justificar su inclusión en el código.

45. Los párrafos 4 y 5 se refieren ambos a violaciones de cierto tipo de obligaciones impuestas por los tratados y, a juicio del orador, debería ser mucho más específica con respecto al tipo de violación y de instrumento convencional de que se trate. Una violación de ciertos tratados, que puede considerarse comprendida en las disposiciones de esos párrafos, puede no alcanzar la categoría de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad; sólo la violación más grave de un tratado debe entrar en esa categoría.

46. De las dos variantes propuestas para el párrafo 6, relativo al colonialismo, el Sr. McCaffrey prefiere reueltamente la segunda, por las razones que explicó en el 37.º período de sesiones<sup>16</sup>, que se inspiran en los términos de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales<sup>17</sup>. Puede ser, no obstante, que la Comisión desee considerar la posibilidad de ampliar la definición mediante la inclusión de una cláusula en virtud de la cual la subyugación constituya una violación del derecho de los pueblos a la libre determinación, o bien haciendo una referencia a la denegación de los derechos humanos fundamentales semejante a la contenida en la Declaración (párr. 1).

47. La cuestión del mercenarismo, que es una cuestión sumamente delicada, podría muy bien aplazarse hasta que complete sus trabajos el Comité *ad hoc* que se ocupa de la cuestión.

48. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que el Sr. Francis (2053.ª sesión) ha hecho una observación válida al señalar que si la cuestión del mercenarismo se trata bajo el epígrafe de la agresión o de la intervención, o bien de ambas, no quedarán comprendidas en el proyecto las actividades relacionadas con los mercenarios que sean realizadas no por Estados sino por individuos o grupos de individuos. El orador está de acuerdo en que

<sup>15</sup> Véase nota 5 *supra*.

<sup>16</sup> *Anuario... 1985*, vol. 1, pág. 55, 1885.ª sesión, párr. 55.

<sup>17</sup> Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.

la Comisión debería tener en cuenta esta observación. Es cierto que además de mercenarios que actúan por cuenta de un Estado y que están comprendidos en las disposiciones relativas a la agresión o a la intervención, hay otros mercenarios, ¿pero cree realmente la Comisión que esos casos deberían entrar en la categoría regulada por el código? Además, si la Comisión decide entrar más a fondo en esta cuestión, tendrá que enfrentarse con los problemas con que ha tropezado el Comité *ad hoc*, que está preparando actualmente una convención sobre esta materia. El Código debería tratar no de los mercenarios como tales sino, utilizando la expresión del párrafo 7 del proyecto de artículo 11, del «hecho de reclutar, organizar, equipar o entrenar mercenarios» y, ciertamente, de la financiación de los mismos.

49. La dificultad nace del hecho de que la Comisión, la Asamblea General y el Comité *ad hoc* se han basado todos ellos en el texto del Protocolo adicional I<sup>18</sup> a los Convenios de Ginebra de 1949, que fue redactado con muy distinto objeto, que es el de regular el estatuto de los mercenarios en guerra, mientras que el código tiene que ocuparse de quienes organizan y entrenan a mercenarios. Además, con arreglo a la definición de los mercenarios de ese Protocolo, se entiende por mercenario la persona que toma parte en las hostilidades (art. 47, párr. 2 b). Por consiguiente, si una persona ha recibido entrenamiento para actuar como mercenario, pero no entra en combate efectivamente, no podrá decirse que el reclutamiento, la organización, el equipo, el entrenamiento y la financiación sean los de un mercenario. Este defecto, que ya ha sido advertido por la Asamblea General, todavía no ha sido eliminado.

50. La definición de mercenario tiene otros inconvenientes, uno de los cuales es el requisito en el párrafo 7 c del proyecto de artículo 11 de que se haya prometido al mercenario «una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas». En consecuencia, todo lo que un Estado tiene que hacer para evitar que a un mercenario se le considere como tal es no darle abiertamente una suma considerable como paga oficial; pero la paga puede designarse con otro nombre o entregarse secretamente.

51. El principal inconveniente para los efectos del código consiste, sin embargo, en que si una persona tiene que haber tomado parte en las hostilidades para ser considerada como un mercenario, no sirve de nada todo el empeño que se ha puesto en definir a quien prepara al mercenario mediante el reclutamiento, la organización, el equipo o la financiación: si no hay mercenario, la definición no puede aplicarse.

52. El Sr. Calero Rodrigues se inclina a reconocer que tal vez convendría dejar pendiente la cuestión del mercenarismo, por lo menos hasta que la Asamblea General haya concluido su labor sobre la convención relativa a los mercenarios, en cuyo momento la Comisión podría volver a ocuparse del asunto si fuera necesario. De todos modos, el orador sigue queriendo que la acción de un Estado que hace uso de mercenarios para ciertos efectos prohibidos por el proyecto de código podría tratarse bajo la cuestión de la agresión o de la intervención,

y duda mucho de que la preparación de mercenarios por particulares sea de tal importancia que deba ser regulada por el código. No hay que pretender que el código lo abarque todo. Será un instrumento importante y algo nuevo en cuanto a la responsabilidad criminal internacional de los individuos, pero la Comisión debería procurar ser lo más modesta posible, sobre todo en vista de que las personas de que se trata podrían incurrir en responsabilidad y castigo en virtud de otros instrumentos, entre ellos la futura convención sobre los mercenarios y con arreglo a los sistemas de derecho interno.

53. El Sr. FRANCIS celebra las observaciones del Sr. Calero Rodrigues. De todos modos, desea reservar su posición sobre la cuestión, por cuanto querría leer las actas de los debates pertinentes en las Naciones Unidas antes de llegar a una conclusión.

54. La cuestión principal es muy clara. El párrafo 1 del artículo 47 del Protocolo adicional I<sup>19</sup> a los Convenios de Ginebra de 1949 trata de un aspecto importantísimo del tema. Dice lo siguiente: «Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra». El párrafo 2 de ese artículo contiene la definición reproducida en el párrafo 7 del proyecto de artículo 11. Está claro, pues, que el proyecto de código no abarca el caso de una persona que ha sido reclutada localmente o en el extranjero, pero no por mediación de un Estado, y por consiguiente no abarca los casos en que tales personas participan como mercenarios en una guerra y cometen algún crimen grave, tales como el asesinato o la acción de incendiar bienes públicos o privados. Hay que evitar que subsista esta laguna en el código y sería muy conveniente incorporar alguna disposición híbrida que permita tener en cuenta a los mercenarios no comprendidos en otras disposiciones, de suerte que se tenga la seguridad de que no quedarán sin castigo.

55. El Sr. KOROMA dice que el mercenarismo que afecta en particular a los Estados débiles y frágiles es un problema muy real y debe tener cabida en el código. Al constituir no sólo un ataque a la integridad territorial de un Estado, sino además la perpetración de un daño grave contra la población autóctona, reúne todos los criterios sometidos a la Comisión para determinar si un delito debe calificarse de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. El mercenarismo, además, involucra un completo desprecio por la población. En Mozambique, por ejemplo, los mercenarios, sin obedecer a ninguna finalidad política, siembran la devastación y cometen los actos más inhumanos, que ciertamente están tipificados como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

56. Aunque el mercenarismo no tiene tanta eficacia contra los Estados fuertes, los mercenarios pueden de todos modos atacar a un gobierno central e incluso afectar el destino de un pueblo. Se ha hablado de reclutamiento y entrenamiento, pero algunos mercenarios son ex oficiales del ejército que no necesitan instrucción; incapaces de volver a adaptarse a la vida civil, buscan nuevas aventuras a costa de muchas víctimas inocentes. El crimen del mercenarismo no debe quedar excluido del proyecto de código por el hecho de que haya dificultades en lo que se refiere al reclutamiento y el entrenamiento.

<sup>18</sup> Véase nota 9 *supra*.

<sup>19</sup> *Ibid.*

57. En cuanto a la cuestión de si es oportuno que la Comisión considere este tema, el Sr. Koroma responde afirmativamente, a condición de que no se considere el código como un intento de legislar entre el vencedor y el vencido, sino como un instrumento políticamente neutral hecho en interés de la humanidad. Una razón que justificaría la existencia del código es la de evitar toda repetición de las atrocidades pasadas. Con el criterio que el orador propugna, no hay razón alguna para que en el futuro no haya que pedir cuentas de sus fechorías a algunos de los responsables de la serie de crímenes masivos cometidos en el pasado y que todavía no han sido enjuiciados.

58. El Sr. BENNOUNA dice que también él abriga ciertas dudas acerca del enfoque adoptado por la Comisión, aunque está convencido de la importancia de su labor y de la contribución que ha hecho el Relator Especial. Se plantean cuestiones que tienen un carácter sumamente político y delicado, que presentan ciertas dificultades para los juristas, ya que desean definiciones precisas y quieren evitar la vaguedad que a veces caracteriza el debate político. Por encima de todo, cuando se trata de un proyecto de código penal, quieren ofrecer al individuo acusado en virtud de las disposiciones de ese código la máxima protección por medio de definiciones rigurosamente formuladas.

59. Según ha señalado ya el orador (2053.ª sesión), la intervención supone varias nociones entrelazadas que es difícil aislar completamente. El uso de las palabras «de tal gravedad» en el apartado g del artículo 3 de la Definición de la agresión de 1974<sup>20</sup> denota que la Asamblea General, en armonía con el espíritu de la Carta, quiso destacar la gravedad de la agresión como modo de hacer uso de la fuerza. Desde el punto de vista jurídico, pues, hay que trazar una distinción entre el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, que prohíbe el uso de la fuerza en términos generales, y la agresión del tipo que tiene que reconocer el Consejo de Seguridad con arreglo al Artículo 37 de la Carta, que es una manifestación del uso más grave de la fuerza. En otras palabras, es admisible un uso de la fuerza de poca importancia que no llegue a ser agresión.

60. Esto plantea el problema de la intervención, que supone un uso menos grave de la fuerza. El Relator Especial ha señalado en su sexto informe que «no se va a hablar aquí de la intervención militar, que está incluida en la Definición de la agresión» (A/CN.4/411, párr. 12). ¿Significa eso toda una operación militar o una operación militar de cierta gravedad? Se ha dicho que la agresión indirecta, en cuanto distinta de la directa, consiste en un pequeño número de incursiones o de medidas militares más limitadas que no llegan a constituir un ataque de frente contra un Estado. De este modo, el concepto de intervención tal vez podría quedar circunscrito a los actos militares que no sean de suficiente gravedad para quedar incluidos en la categoría de actos de agresión con arreglo a lo previsto en el artículo 3 de la Definición de la agresión.

61. Todo el problema nace del hecho de que un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene que comprender actos de menor trascendencia

que revistan de todos modos cierta gravedad desde el punto de vista humano, por el hecho de que puedan llevar consigo la pérdida de vidas, tal como la eliminación de adversarios políticos. Estos crímenes pueden violar la soberanía de un Estado, ¿pero equivalen a una agresión? Hay que establecer una línea divisoria; hay además un problema de método, que habrá que aclarar a medida que vayan progresando los trabajos sobre el proyecto. El orador, por su parte, opina que la intervención puede abarcar actos militares, pero que no toda intervención militar tiene la categoría de agresión: incumbe a la Comisión decidir si actos de menor trascendencia que implican uso de la fuerza deben quedar comprendidos o no en el código. Sobre esta cuestión el orador no tiene un criterio cerrado, si bien a su juicio los actos de menor gravedad pueden constituir crímenes, aun cuando no equivalgan a una agresión. Habría que precisar esta cuestión desde el punto de vista jurídico.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*

## 2055.ª SESIÓN

*Jueves 2 de junio de 1988, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación) [A/CN.4/404<sup>2</sup>, A/CN.4/411<sup>3</sup>, A/CN.4/L.420, secc. B, ILC(XL)/Conf.Room Doc.3 y Corr.1]**

[Tema 5 del programa]

**SEXO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)**

**ARTÍCULO 11 (Actos que constituyen crímenes contra la paz)<sup>4</sup> (continuación)**

1. El Sr. PAWLAK recuerda que la Asamblea General encomendó el tema a la Comisión en 1947 y dice que ésta debe hacer un esfuerzo por concluir rápidamente sus trabajos. Cita al respecto la resolución 42/151 de

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2053.ª sesión, párr. 1.

<sup>20</sup> Véase nota 5 *supra*.