

64. El Sr. Sreenivasa RAO hace suyas las observaciones del Sr. Koroma.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 1061.ª SESIÓN

*Martes 14 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. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, 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]

SEXTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(conclusión)

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

1. El Sr. AL-KHASAWNEH encomia la elegancia y concisión del sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/411), así como la riqueza de las fuentes que en él se citan, y se congratula del criterio elegido por su autor, único posible en una materia que afecta a las convicciones personales más profundas y en la cual el rigor doctrinal no es una virtud. La Comisión debe, por consiguiente, ponerse a la altura de sus responsabilidades: ha de dar al Relator Especial respuestas claras a las preguntas planteadas. Ello la obliga a reflexionar en dos planos diferentes: en primer lugar en el plano teórico, y después en el del enunciado formal de los proyectos de artículos.

2. En el plano teórico, el primer problema que se plantea es el de la finalidad de los trabajos de la Comisión. El Sr. Graefrath (2055.ª sesión) lo ha expresado en sus justos términos al afirmar que la elaboración del código obedece a honrosos fines morales, jurídicos y políticos.

<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.

No puede decirse, por tanto, que la obra de la Comisión carece de sentido porque los Estados no tienen voluntad política de aplicar el futuro código. Ciertamente, desde la segunda guerra mundial, nadie o casi nadie ha sido acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, el hecho de que cotidianamente se produzcan crímenes de esa naturaleza exige una respuesta jurídica concertada de la comunidad internacional.

3. También es cierto que escasean los textos que pueden servir de base para este trabajo de codificación, si se exceptúan los códigos penales de los países de los que son originarios los miembros de la Comisión, cuya pertinencia han puesto de relieve el Sr. Tomuschat (2056.ª sesión) y el Sr. Arangio-Ruiz (2060.ª sesión). No es, sin embargo, indispensable que los autores del código sean penalistas. Es evidente que no todos los autores del proyecto de 1954 eran expertos en derecho penal, y la Comisión, con su composición actual, puede indudablemente cumplir la misión que le ha sido encomendada. La situación no era distinta cuando se elaboraron el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio en 1963<sup>5</sup>, y otros instrumentos jurídicos consagrados al terrorismo internacional y a la toma de rehenes. Por lo demás, la poca importancia otorgada a estos crímenes en los códigos penales nacionales y la escasez de precedentes —aun cuando el fenómeno en sí es muy antiguo— no han impedido que la Asamblea General haya aprobado la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 1979<sup>6</sup>, estableciendo así un procedimiento penal al respecto. Sea cual fuere la opinión del Sr. Arangio-Ruiz, las dificultades que plantean las relaciones entre el derecho penal internacional y el derecho penal interno no son insuperables: la voluntad política y una cierta dosis de audacia deben permitir afrontarlas.

4. Por otro lado, la cuestión de la armonización entre el proyecto de código y el derecho interno no debe disuadir a la Comisión, tanto más cuanto que determinados conceptos de derecho penal, sea cual fuere el régimen jurídico y el derecho interno de que se trate, suscitan una opinión tan unánime que pueden considerarse normas establecidas. Tal es el caso de la individualización de la pena y la presunción de inocencia: se trata de principios consagrados —en materia, por ejemplo, de derechos humanos— en instrumentos aceptados por un gran número de Estados. Aunque estas nociones universales de derecho penal puedan tener mayor o menor relieve en los diversos sistemas jurídicos, su disparidad nunca es insuperable.

5. La verdadera dificultad con que tropieza la Comisión se resume en la oposición entre la escuela positivista y la jusnaturalista. En otras palabras, ¿debe la caracterización de un acto como crimen contra la paz o la seguridad de la humanidad obedecer al principio *nullum crimen sine lege* —sea cual fuere la acepción de la palabra *lex*— o apoyarse en la convicción de que el acto considerado es un mal en sí, *malum per se*? La respuesta a esta pregunta repercutirá directamente en la elaboración del

<sup>5</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 704, pág. 242.

<sup>6</sup> Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1979* (N.º de venta: S.82.V.1), pág. 131.

código y en la forma en que debe abordarla la Comisión. El Sr. Al-Khasawneh, por su parte, se inclinaría por una óptica jusnaturalista. Ciertamente, la Comisión se arrojaría con ello el peligroso privilegio de definir lo *malum per se*. No hay que olvidar, sin embargo, que los tristes acontecimientos que culminaron en el procesamiento de los grandes criminales de la segunda guerra mundial se produjeron en una época en la que prevalecía el positivismo jurídico, ni tampoco que la comunidad internacional decidió castigar a los criminales no por un prurito de aplicación de la ley en sentido estricto sino obedeciendo a criterios generales de justicia. Por lo demás, la Comisión tendría así la posibilidad de estudiar la pertinencia de crímenes como el *apartheid*, el colonialismo o el mercenarismo, que no están previstos en el proyecto de código de 1954 y deberían estarlo en el futuro instrumento.

6. Además del posible conflicto entre ley y justicia, la elaboración del código suscita otro gran problema teórico: la relación entre la paz y la justicia. El Sr. Tomuschat ha puesto adecuadamente de relieve que los jueces no pueden resolver todos los problemas del mundo, y que la diplomacia debe seguir ocupando un lugar destacado. Ha planteado también la hipótesis de un agresor que prolongara la guerra para retrasar las acusaciones a las que podría hallarse expuesto al concluir el conflicto. No obstante, reduciendo el argumento al absurdo, ¿habría que resignarse a dejar impunes a los criminales para poner fin a los sufrimientos de la mayoría? Ello significaría en cierto modo razonar como Leibniz, para quien el mal es parte necesaria del bien general. La humanidad en realidad no vive en el mejor de los mundos posibles, y los jueces deberían tener la posibilidad de modificarlo, aunque sólo sea porque rara vez tienen ocasión de hacerlo, al contrario que los diplomáticos. Por lo demás, el Sr. Tomuschat ha suscitado un problema que necesariamente ha de inquietar a todo el que desee, por un lado, hacer justicia y, por otro, mantener la paz.

7. El hecho es que paz y justicia parecen irreconciliables. Esta oposición, que obedece a diferencias de naturaleza —pues la justicia es una noción lógica, mientras que la paz es un compromiso dictado por la naturaleza humana y por las circunstancias— puede expresarse en distintos niveles de abstracción, y no faltará quien sostenga que se trata de nociones que se excluyen una a otra. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, el que más interesa a la Comisión, la cuestión se plantea de la manera siguiente: ¿en qué casos y hasta qué punto debe la justicia, tal como se consagra en el código, subordinarse a las soluciones pragmáticas, pero eficaces, de la diplomacia? ¿Habría que negociar con terroristas que con arreglo al código tendrían el carácter de autores de crímenes contra la paz? En caso de agresión ¿habrá que esperar a que haya un vencedor y un vencido para hacer justicia? Son problemas de difícil solución, y cuyo mérito principal es marcar los límites de la razón humana y el imperativo moral. En efecto, la respuesta no consiste en dar al código flexibilidad suficiente para adaptarse a las realidades de la vida política, es decir, pasar por alto las consideraciones de orden moral; con ello sólo se lograría eliminar el problema, sin resolverlo. En ese sentido, el Sr. Al-Khasawneh recuerda que desde el nacimiento del derecho islámico, y, por

consiguiente, mucho antes que Leibniz, los juristas adoptaron el principio *Dar'o al-shar al-a'dham bil al-shar al-asghar* (درء اشر الذم بمشرف الذم منفر), a tenor del cual es lícito prevenir un mal mayor cometiendo un mal menor, pero recuerda también que la aplicación de este principio está sometida a reglas estrictas.

8. En lo tocante a las relaciones entre la paz y la justicia puede decirse por consiguiente, que la necesidad de respetar la función de la diplomacia no debe impedir que se intente concluir el código; que los trabajos de la Comisión se inspiran en la búsqueda de la justicia; que quizá sea difícil conciliar nociones tan opuestas como la paz y la justicia; que el aspecto más arduo de su trabajo obedece al hecho de que la Comisión está intentando elaborar un instrumento de carácter penal; y que, aunque en teoría parezca posible concluir dicho instrumento, ello exigirá difíciles opciones de orden moral.

9. La cuestión de las opciones morales remite a un problema general de subjetividad. El Relator Especial lo evocó ya en su tercer informe<sup>7</sup>, y su fundamento es evidente: la fuerza de la reprobación que suscita un acto determinado en la conciencia pública no puede ser la misma en todo tiempo y todas partes. Según el Relator Especial, esta dificultad se podría obviar vinculando la gravedad del crimen a los intereses y a los bienes protegidos por la ley. Ahora bien, estos intereses y estos bienes son más fáciles de determinar en el marco del derecho interno que en un contexto internacional. Por lo demás, el derecho internacional, como se ha puesto de manifiesto en el curso del debate, está muy impregnado de subjetividad. El Sr. Reuter (2055.ª sesión), por ejemplo, ha recordado que cuando en 1973 se elaboró la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, algunos miembros de la Comisión estaban dispuestos, a comprender —que no aprobar— los motivos de los terroristas; el Sr. Beesley (2059.ª sesión) ha señalado que el análisis objetivo del mercenarismo resulta más fácil a los países que no están amenazados por ese fenómeno; el Sr. Sepúlveda Gutiérrez (*ibid.*) ha señalado que el mercenarismo puede ejercer la atracción de la aventura; y ya se sabe que el colonialismo pudo concebirse antaño como una «misión civilizadora».

10. Este último caso constituye un buen ejemplo del problema de la subjetividad; en efecto, cabe preguntarse si lo que justifica que se incluya el colonialismo en el código es su tardía condena por la comunidad internacional, o la convicción de la Comisión de que constituye la forma más brutal de negar a los pueblos el derecho a la libre determinación, es decir, de que es un *malum per se*. En opinión del Sr. Al-Khasawneh, la segunda razón es la correcta. Obrar de otra forma significaría reconocer que la justicia sólo es posible desde el momento en que un acto pertenece ya a la historia. Por el contrario, la condena de crímenes como el colonialismo, el *apartheid* o el mercenarismo no debería formularse *a posteriori*.

11. La elaboración del código plantea asimismo el problema, de carácter más técnico, de las definiciones y

<sup>7</sup> Véase *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 71, documento A/CN.4/387, párr. 47.

las clasificaciones. Es bien sabido que cuando los autores de un código penal renuncian a definir los crímenes en él previstos y se contentan con establecer una jerarquía de infracciones penales basada en la gravedad de las penas o en una lista previamente establecida, la clasificación presenta las mismas dificultades que la definición. Por si fuera poco, también se sabe que es imposible establecer una lista completa y definitiva, por la sencilla razón de que la vida rara vez sigue los mismos derroteros que la ley. El Relator Especial utiliza ambos procedimientos, la definición y la enumeración, en la medida en que lo permite la lógica jurídica. Sin embargo, como ha señalado el Sr. Graefrath, para definir un crimen no es necesario describir todas las formas que puede adoptar; basta con precisar sus principales elementos constitutivos, con arreglo a un principio expuesto por Grocio, inspirado en Cicerón, en un pasaje que el Sr. Al-Khasawneh seguidamente cita.

12. Para terminar su referencia a los problemas teóricos planteados por el proyecto de código, el Sr. Al-Khasawneh recuerda que la Comisión no parte de cero, y que existen numerosos instrumentos relacionados con la materia objeto de su atención. Cabría incluso afirmar que la Comisión está procediendo a codificar las codificaciones. No obstante, si se analiza la lista de instrumentos internacionales pertinentes preparados por la Secretaría<sup>8</sup>, se advierte que se trata de una colección de textos muy heterogéneos que difícilmente puede servir de base para una obra de codificación. Figuran en ella textos aprobados por algunas conferencias regionales, un tratado anterior a la guerra que nunca entró en vigor y un instrumento regional introducido en el régimen de las Naciones Unidas. También se encuentra disponible el proyecto de código de 1954, que en cierta medida está superado por los acontecimientos, algunos tratados en los que son parte muchos países, y el fallo de la CIJ en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (véase A/CN.4/411, párr. 17). Es evidente que estos textos no tienen todos la misma autoridad. De todas formas, la responsabilidad penal es cuestión demasiado importante para que pueda determinarse partiendo de interpretaciones oscuras de resoluciones políticas e instrumentos que responden a otros fines.

13. Respecto al proyecto de artículo 11 presentado por el Relator Especial, el Sr. Al-Khasawneh dice que, en su opinión, la clasificación de los actos previstos en crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad merece un análisis más detenido. No son pocos, en efecto, los crímenes que pertenecen a dos de esas categorías, cuando no a las tres. Por lo demás, hoy en día es cada vez más difícil distinguir entre estado de guerra y estado de paz. Quizá pueda prescindirse de la clasificación, pues a fin de cuentas la distinción depende de las consecuencias de cada crimen desde el punto de vista del procedimiento penal.

14. En el curso del debate se ha propuesto que se dedique un artículo independiente a cada uno de los crímenes enumerados en el proyecto de artículo 11; se trata de una cuestión de forma que puede encomendarse al Comité de Redacción. El orador se pregunta si la nota

explicativa que figura en el inciso ii) del apartado a del párrafo 1 podría desplazarse al comentario sin que ello afectara a la definición propuesta. Los términos «intervención» e «injerencia», cuya elección plantea al parecer algunos problemas, son en gran medida sinónimos; en árabe, al menos, se emplea la misma palabra en ambos casos.

15. El Sr. Al-Khasawneh opina que la preparación y la planificación de la agresión deben incluirse entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por las razones que ya ha tenido ocasión de exponer. Las dificultades con que tropieza el Relator Especial a este respecto desaparecerían si la labor de la Comisión culminara en la creación de un tribunal penal internacional.

16. El crimen de anexión no es, desgraciadamente, un fenómeno histórico; para persuadirse de ello basta con pensar en los criminales que lo han perpetrado una vez más recientemente a los que se refieren varias resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General. Por esta razón, y también porque la anexión puede ser consecuencia de la simple amenaza, sobre todo cuando un beligerante ocupa de hecho un determinado territorio, hay que caracterizarla como crimen independiente.

17. La intervención en los asuntos internos y externos de los Estados plantea infinitos problemas, porque las relaciones entre los Estados son también infinitas. A menudo, la transición de la intervención lícita, e incluso deseable, a la intervención ilícita es imperceptible. Afortunadamente, el elemento de coacción permite trazar una línea divisoria. En cualquier caso, el crimen de intervención debe definirse con el enunciado más estricto posible.

18. El crimen de terrorismo suscita varias observaciones. En primer lugar, la enumeración de actos terroristas que figura en el apartado b del párrafo 3 del artículo 11 debería completarse con los actos perpetrados contra los aeropuertos y la seguridad marítima, para tener en cuenta la adopción, a principios de 1988, de los instrumentos internacionales sobre estas cuestiones, elaborados en Montreal y en Roma<sup>9</sup>. También habría que pensar, como ha señalado el Sr. Ogiso (2057.ª sesión), en el envenenamiento de los depósitos de agua potable y los atentados contra instalaciones nucleares. Por último, la expresión «los actos de violencia dirigidos contra personalidades que gocen de protección internacional o de inmunidad diplomática» que figura en el inciso iii) del apartado b, debe estudiarse más detenidamente: es difícil imaginar que una pelea con un diplomático pueda llegar a constituir un crimen contra la humanidad.

19. El párrafo 4, relativo al incumplimiento de las obligaciones contraídas por un Estado en virtud de un tratado, se comprende mejor en el contexto de un equilibrio de Potencias comparable al existente entre las

<sup>8</sup> A/CN.4/368 y Add.1.

<sup>9</sup> Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia cometidos en los aeropuertos que prestan servicio a la aviación civil internacional, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988, *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. XXVII, N.º 3, 1988, pág. 627; y Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental, ambos firmados en Roma el 10 de marzo de 1988, *ibid.*, pág. 668.

dos guerras. Sin embargo, al enunciar una disposición que contrapesa estas obligaciones contractuales con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, habría que tener cuidado de no otorgar a los Estados que no son partes en un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales una posición ventajosa con respecto a aquellos que lo han firmado.

20. Las dos variantes del párrafo 6 sobre colonialismo podrían refundirse añadiendo la expresión «incluido el colonialismo» al final de la segunda variante. Aunque la mayoría de los juristas del Tercer Mundo, no sin razón, ven el derecho a la libre determinación desde la óptica de las relaciones entre la metrópoli y la colonia, no hay que olvidar que se trata de un derecho del que gozan todos los pueblos. Además, aunque el ejercicio de este derecho culmina a menudo en la creación de un Estado, no con ello se agota por entero, y puede ejercerse nuevamente.

21. Aunque la Asamblea General haya creado un Comité *ad hoc* para estudiar la definición del mercenarismo, la Comisión no tiene por qué esperar a que dicho Comité concluya su labor, de la misma manera que no debe renunciar a abordar toda cuestión vinculada al sistema de seguridad colectiva por el hecho de que exista un Comité especial que se ocupa de fortalecer las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

22. El Sr. Al-Khasawneh concluye su intervención con un resumen de sus palabras. En su opinión, las definiciones y clasificaciones que la Comisión está analizando son imperfectas; las fuentes que se utilizan son heterogéneas y a menudo contradictorias; el derecho penal está saturado de subjetividad; y en materia de justicia no ha lugar a mucha flexibilidad. Existen problemas reales sobre los que cualquier jurista puede discutir *ad infinitum*. Pero no son problemas insolubles, y la búsqueda de la justicia debe triunfar sobre ellos.

23. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/411) enriquece el debate con varias ideas y elementos importantes, que deberían permitir una pronta conclusión de la elaboración del proyecto de código, y añade que por el momento se contentará con referirse únicamente a alguna de las cuestiones suscitadas, exponiéndolas desde su perspectiva personal.

24. El Sr. Sreenivasa Rao constata que se admite que el código ha de ser un instrumento que englobe los crímenes cuya gravedad sea suficiente para poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. En este sentido, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no difieren mucho de las amenazas a la paz y a la seguridad a las que se refiere la Carta de las Naciones Unidas. Por consiguiente, como ha señalado el Sr. Beesley (2055.ª sesión), es lógico que el código ocupe un lugar en el sistema de seguridad colectiva establecido por la Carta.

25. Para definir con exactitud los crímenes pertinentes parecen inútiles las distinciones sutiles entre crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, todos ellos actos vinculados entre sí por sus consecuencias, y que sólo difieren por su amplitud. La Comisión debe inspirarse en el proyecto de 1954 y no subestimar crímenes como la agresión, la intervención o la

dominación colonial y extranjera. Sin embargo, también debe prever crímenes de nuevo cuño, corrientes actualmente, como el uso de armas nucleares o la amenaza de recurrir a ellas, el terrorismo o el mercenarismo. En lo tocante a estos dos últimos crímenes, la Comisión, que dispone de un mandato especial, no tiene por qué esperar al resultado de la labor en curso en otros órganos de las Naciones Unidas, aunque la tenga presente; por el contrario, las decisiones que adopte en esta esfera quizá sean útiles para dichos órganos.

26. Para que un crimen esté incluido en el ámbito de aplicación del código no es indispensable que sea imputable al Estado, aunque la participación del Estado no carece en este caso de interés. En efecto, cada vez son más numerosos los crímenes contra la paz y la seguridad de los Estados, sus pueblos y sus instituciones, cometidos por individuos u organizaciones que parecen tener una personalidad propia, independiente de toda asociación con un Estado. También es frecuente que los terroristas o los mercenarios intervengan en los asuntos internos de un Estado, mientras los demás Estados niegan vehementemente toda participación directa o indirecta en dichos actos. En consecuencia, la Comisión, por razones de eficacia, no debería excluir del ámbito de aplicación de su proyecto los crímenes o tentativas de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad atribuibles a particulares u organizaciones. Naturalmente, el proyecto de código debería también aplicarse sin ambigüedad a los agentes o autoridades de un Estado que cometan crímenes, si bien en la inteligencia de que la responsabilidad del Estado, penal o de otra naturaleza, no es materia de su competencia.

27. Por lo demás, aunque sea conveniente prever la creación de un tribunal penal internacional, en el caso de que este objetivo no se pudiera realizar en un futuro cercano, ello no debería repercutir negativamente en la elaboración del proyecto de código. En efecto, para aplicar el código con carácter inmediato existen otros medios, como el reconocimiento del principio de la jurisdicción universal, que obligaría a todo Estado a procesar a los culpables de crímenes previstos en el código o a conceder su extradición. Varios tratados recientes, entre otros el Tratado de extradición entre el Canadá y la India, de 6 de febrero de 1987, la Convención regional para la represión del terrorismo firmada el 4 de noviembre de 1987 por los Estados miembros de la Asociación Sudasiática de Cooperación Regional, así como otros convenios citados por varios miembros de la Comisión constituyen ejemplos de sistemas de jurisdicción descentralizada que otorga a los tribunales nacionales competencia sobre los crímenes vinculados al terrorismo y al mercenarismo. La Comisión podría inspirarse en estos instrumentos. En la situación actual, y a falta de voluntad de los Estados de aceptar la jurisdicción de la CIJ o de un tribunal penal internacional, la definición de los crímenes de agresión y de intervención sería de la competencia del Consejo de Seguridad y, naturalmente, también de la Asamblea General. Por tanto, es inútil vincular necesariamente la elaboración del proyecto de código a la creación de un tribunal penal internacional. Lo único necesario sería que la Comisión pusiera de relieve la importancia de una institución de esta naturaleza, con objeto de evitar las justas críticas que suscitaron los tribunales de Nuremberg y de Tokio, creados para

juzgar exclusivamente los crímenes de guerra cometidos por las Potencias vencidas.

28. El interés del código no disminuirá por el hecho de que no exista un mecanismo internacional independiente y neutral. Al igual que otros instrumentos de derecho internacional, como la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>10</sup>, la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales<sup>11</sup> o la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales<sup>12</sup>, el código servirá a la causa de la paz y de la seguridad. La precisión de sus términos y la claridad con que refleje los valores y los intereses comunes de la comunidad internacional contribuirá a realzar su utilidad para todos los responsables políticos, tanto nacionales como internacionales.

29. Una vez decidida a incluir en el código un crimen como el terrorismo o el mercenarismo, la Comisión no tiene por qué dar ejemplos demasiado precisos para ilustrarlo o definirlo. Por lo demás, la elección del ejemplo no depende necesariamente de la gravedad del acto de que se trate, por mucho que ello sea deseable. En efecto, no hay que olvidar que hasta el acto más insignificante que constituya un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad puede tener consecuencias desmesuradas. Para que el código tenga un efecto realmente disuasivo no hay que pasar por alto ningún comportamiento, por mínimas que sean sus consecuencias, desde el momento en que se reconozca su carácter de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

30. Refiriéndose al proyecto de artículo 11 propiamente dicho, y en primer lugar a la cuestión de la agresión, el Sr. Sreenivasa Rao estima que la Definición de la agresión de 1974<sup>13</sup> es la más aceptable políticamente, y que la Comisión debe utilizarla a los efectos del código. El párrafo 1 del proyecto de artículo 11 debería redactarse en términos que no hagan recaer la responsabilidad del acto sancionable exclusivamente sobre un Estado, es decir, en términos generales que, aun previendo los actos cometidos por los Estados, prevean también los cometidos por otras entidades, pues el criterio esencial es el uso o la amenaza de uso de la fuerza o la amenaza a la paz y al seguridad de la humanidad. Ciertamente, los actos de agresión más pertinentes al código son normalmente hechos de un Estado o de las autoridades del Estado. Sin embargo, no es menos cierto que algunos otros crímenes previstos en el código pueden ser perpetrados por particulares, por lo que una cláusula introductoria redactada en términos generales evitaría tener que definir en el artículo mismo lo que se entiende por «Estado». En cuanto a la nota explicativa en el inciso ii) del apartado a del párrafo 1, el orador es-

tima que el lugar más adecuado para ella sería el comentario.

31. La amenaza de agresión merece figurar en el código, por las razones ya expuestas por varios miembros de la Comisión, y porque una amenaza tiene a veces los mismos efectos prácticos que el acto de agresión en sí. En opinión del Sr. Sreenivasa Rao, la noción de amenaza engloba la preparación y la planificación de la agresión. Sin embargo, no se opone a que la Comisión estudie la cuestión más adelante y opte por hacer de la preparación de la agresión un crimen independiente, si bien comparte las dudas formuladas por otros miembros de la Comisión sobre la complejidad que presenta una definición que distinga entre la intención de agredir y los preparativos de carácter defensivo.

32. En lo tocante a la intervención en los asuntos internos de los Estados, la Comisión podría utilizar, en el texto inglés, la misma palabra, es decir, «intervention». Como ha puesto de relieve la CIJ, existen muchas formas de intervención, algunas perfectamente legítimas. Sin embargo, también la intervención que amenaza la integridad territorial, la independencia y la soberanía de un Estado puede adoptar formas diversas, y no traducirse siempre en el empleo directo de la fuerza armada. La Comisión podría referirse al Convenio sobre los principios que han de regir las relaciones mutuas, en particular sobre la no injerencia y la no intervención, firmado por el Afganistán y el Pakistán en Ginebra el 14 de abril de 1988<sup>14</sup>, que remite a algunos instrumentos internacionales en los que se consagran los principios de no injerencia y no intervención y se enumeran 13 obligaciones que se han de cumplir para implementar ese principio (art. II). Por esa razón, el Sr. Sreenivasa Rao, si bien acepta la idea de incluir la intervención en el proyecto de código, estima que hay que definirla previendo distintas formas de injerencia prohibidas en derecho internacional y que constituyen una amenaza a la paz y a la seguridad de la humanidad. Esta labor podría encomendarse al Comité de Redacción.

33. El código también debería tratar separadamente la anexión, el envío de bandas armadas al territorio de otro Estado y el mercenarismo. Ciertamente, estos actos están comprendidos en la Definición de la agresión de 1974. Sin embargo, aunque no tengan las consecuencias de un acto de agresión revisten por sí mismos suficiente gravedad y merecen ser incluidos en el código.

34. El terrorismo es un atributo característico de los tiempos modernos que debe figurar en el código con independencia de la intervención. Los instrumentos internacionales donde se definen los actos terroristas más graves son abundantes. El terrorismo tiene, en efecto, varios objetivos. Sin embargo, su fin principal es amenazar la autoridad del Estado mediante el asesinato sistemático de civiles inocentes, el incendio voluntario, la destrucción de bienes privados o públicos y los atentados contra los jefes de Estado y de gobierno u otros agentes del Estado. Tanto si se trata de obtener un rescate como de obtener la liberación de otros terroristas, o incluso el reconocimiento de un nuevo Estado, la acción

<sup>10</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

<sup>11</sup> Resolución 37/10 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 1982, anexo.

<sup>12</sup> Resolución 42/22 de la Asamblea General, de 18 de noviembre de 1987, anexo.

<sup>13</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, anexo.

<sup>14</sup> *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, cuadragésimo tercer año, Suplemento de abril, mayo y junio de 1988, documento S/19835.*

terrorista socava la autoridad del Estado y amenaza su integridad territorial, incluso cuando es obra de particulares o de grupos de no disfrutan del apoyo de otro Estado.

35. Por lo demás, numerosos acuerdos internacionales regulan la cooperación interestatal respecto al terrorismo. El Sr. Sreenivasa Rao se refiere especialmente a una disposición del Tratado de extradición entre el Canadá y la India, de 1987, reproducida en la Convención regional para la represión del terrorismo adoptada por la Asociación Sudasiática de Cooperación Regional (véase párr. 27 *supra*). El Tratado contiene una enumeración muy detallada de actos terroristas, inspirada, por lo demás, en la lista que figura en la Convención europea para la represión del terrorismo, de 1977<sup>15</sup>. En ella se incluyen los crímenes previstos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya, los crímenes previstos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal, los crímenes previstos en la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, firmada en Nueva York, los crímenes previstos en todo convenio en el que sean partes ambos Estados contratantes y que obligue a las partes a procesar a los autores o a conceder su extradición, y por último los crímenes vinculados al terrorismo, elementos todos ellos recogidos por el Relator Especial en la segunda variante del párrafo 3 de su proyecto de artículo 11. Sin embargo, la lista del Tratado de extradición también incluye actos que puede ser útil mencionar en toda lista de actos terroristas, como son el asesinato, las lesiones, el secuestro, la toma de rehenes, los crímenes que causan graves daños a los bienes o perturban los servicios públicos, y los crímenes vinculados al uso de armas, explosivos o sustancias peligrosas. La lista es tan detallada que puede, por ejemplo, aplicarse al envenenamiento de cursos de agua. Se extiende, además, a toda tentativa o conspiración encaminada a cometer alguno de los crímenes citados, así como al hecho de asesorar a cualquier persona con vista a su comisión. Provista de una definición general del terrorismo, constituiría un valioso complemento del proyecto de código.

36. El Sr. Sreenivasa Rao comparte la idea de que el proyecto de código no debe aplicarse, sin distinción, a cualquier forma de incumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de un tratado de prohibición de armamento o de un tratado de desarme. En el ámbito de aplicación del código sólo deberían incluirse las violaciones más graves, que repercutan de manera importante en la paz y la seguridad de la humanidad; el Sr. Sreenivasa Rao se refiere, por ejemplo, al hecho de que un Estado sea el primero en recurrir al uso de armas nucleares.

37. El Sr. Sreenivasa Rao hace suyas las opiniones expresadas por el Sr. Francis (sesiones 2054.ª y 2056.ª), el Sr. Koroma (2054.ª sesión) y el Sr. Njenga (2057.ª sesión) en relación con la dominación colonial y constata que se está manifestando un consenso favorable a la combinación de los elementos de ambas variantes del

párrafo 6 del artículo 11, a fin de que ni las formas antiguas ni las formas nuevas de colonialismo queden excluidas del ámbito de aplicación del código.

38. El principio del derecho a la libre determinación de los pueblos constituye el fundamento de muchos otros derechos y deberes en el marco del derecho internacional. Es inútil insistir en este principio en el contexto del proyecto de código. Por lo demás, la cuestión no podría analizarse sin tener en cuenta sus diferentes aspectos, a nivel internacional, como son la lucha de los pueblos colonizados por la libertad, la soberanía y la independencia nacional en el plano interno, la libertad de expresión, de asociación y de organización. En efecto, este último aspecto de los derechos humanos es parte legítimamente integrante del derecho a la libre determinación, y en determinadas ocasiones puede manifestarse en la fundación de un nuevo Estado tras la culminación de un proceso consensual voluntario y pacífico. Por otro lado, invocar el derecho a la libre determinación para amenazar la integridad territorial y la independencia de un Estado, e intentar alcanzar este objetivo por medio de una intervención exterior, utilizando la violencia o mediante actos terroristas u otros actos prohibidos por el derecho internacional, constituye de por sí un crimen grave contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sería, por consiguiente, inoportuno e incluso irónico, invocar, como se ha intentado, en favor de ese derecho unos objetivos que son precisamente los del proyecto de código, y sugiere que la Comisión se abstenga de tratar directamente el derecho a la libre determinación en el instrumento cuya elaboración le ha sido encomendada.

39. Por el contrario, el proyecto de código debería tratar el problema de los mercenarios, para lo cual la Comisión puede inspirarse en los trabajos realizados en otras instituciones. Ello no significa que deba aplazar su trabajo hasta que el Comité *ad hoc* de la Asamblea General haya concluido el suyo, consistente en elaborar un convenio completo en el que se haga hincapié en la prevención del mercenarismo. Por esa razón, el Comité *ad hoc* necesita una definición del mercenarismo que tenga presente la evolución reciente de este fenómeno, en situaciones que no son, en sentido estricto, situaciones de conflicto armado internacional. Cabe señalar, al respecto, que algunas delegaciones en el Comité *ad hoc* no han estimado pertinente el artículo 47 del Protocolo adicional I<sup>16</sup> a los Convenios de Ginebra de 1949, por considerar que su texto no responde a las necesidades de la futura Convención. La definición de la responsabilidad penal de los Estados que no han adoptado medidas eficaces para luchar contra el mercenarismo es otro aspecto de la cuestión del que debe ocuparse el Comité *ad hoc*. El objetivo es castigar no sólo a los mercenarios sino también a las organizaciones que los reclutan, los financian y los entrenan. También las garantías judiciales que han de respetarse, la cooperación entre los Estados —ya se trate de intercambio de información, de la extradición, del procesamiento, de la adopción de medidas legislativas uniformes o de la elaboración de instrumentos internacionales sobre la materia— son ideas que merecen estudiarse en esta esfera. La Comisión debería tener presentes estas tendencias y declarar que el mercenarismo, cuando constituye una amenaza o entraña un re-

<sup>15</sup> Véase 2057.ª sesión, nota 11.

<sup>16</sup> Véase 2054.ª sesión, nota 9.

curso a la violencia, cuando, por medio de bandas armadas organizadas, interviene en los asuntos internos de un Estado, o cuando tiene por objeto la represión de movimientos de liberación nacional reconocidos por las Naciones Unidas, constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y atenta contra los derechos fundamentales y los principios consagrados en los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Lo más importante en la definición del mercenarismo es recalcar la noción de provecho personal, y no tanto el hecho de que un mercenario sea o no nacional de un Estado determinado, o que sus emolumentos sean o no comparables a los de los combatientes de rango equivalente en las fuerzas armadas regulares. Lo que importa es reconocer que el mercenario busca su beneficio personal, quienquiera lo haya contratado.

40. El Sr. Sreenivasa Rao señala, para terminar, que el proyecto de código, si se elabora en el sentido que ha expuesto, revestirá gran interés para todos los países, pues recordará a los Estados, y sobre todo a los más poderosos, que deben renunciar a cometer los actos en cuestión y desestabilizar a otros Estados. La erradicación de esos crímenes permitirá a los países débiles y en desarrollo alcanzar la libertad y organizarse económica, política, social y culturalmente, en interés de la dignidad humana, de la paz y del bienestar de sus pueblos.

41. El Sr. ROUCOUNAS desea referirse en primer término a la intervención. Hace notar que la terminología en la materia es imprecisa puesto que se habla a la vez de intervención directa o indirecta, lícita o ilícita, de injerencia, de intromisión y de interferencia. Lo fundamental es que el derecho internacional contemporáneo prohíbe la intervención tanto en los asuntos internos como en los asuntos externos de los Estados. El hecho de que un Estado —generalmente el más poderoso— intervenga de manera decisiva en las decisiones de otro Estado —generalmente el más débil— constituye en efecto un atentado contra la soberanía de este último. Por otra parte, el umbral jurídico a partir del cual se puede hablar de intervención es tal que los estudiosos suelen enunciar el principio de la no intervención de manera más o menos abstracta, remitiéndose luego, para la determinación de su existencia, a los casos concretos.

42. En 1965, la Asamblea General, atendiendo a una iniciativa del Grupo Latinoamericano, declaró que la intervención era inadmisibles en la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía<sup>17</sup>. Ese principio ha sido confirmado en otros textos, incluyendo la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>18</sup> y, recientemente, la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales<sup>19</sup>. La fórmula más o menos idéntica que se emplea en todos esos textos, en el párrafo 7 de esta última Declaración, por ejemplo, dice:

<sup>17</sup> Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965.

<sup>18</sup> Véase nota 10 *supra*.

<sup>19</sup> Véase nota 12 *supra*.

7. Los Estados tienen el deber de abstenerse de toda intervención armada y de cualesquiera otras formas de injerencia o de tentativa de amenaza contra la personalidad del Estado o de sus elementos políticos, económicos y culturales.

Esa formulación común debe leerse por lo demás juntamente con los párrafos 5, 6 y 8 de esta misma Declaración.

43. En definitiva, lo que prohíbe el derecho internacional contemporáneo, es la injerencia que opone un obstáculo al libre ejercicio de los derechos soberanos de un Estado, esto es, los que el derecho internacional reconoce como derechos de la competencia exclusiva de la jurisdicción nacional. Tal es la precisión con que se ha de definir la intervención en el proyecto de código. Además, se debe tener en cuenta el hecho de que el principio de no intervención coincide en parte con otros principios, como el del respeto de la soberanía territorial o el de la prohibición de recurrir al uso de la fuerza. A este respecto, el Sr. Roucounas agrega que en su fallo del asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (véase A/CN.4/411, párr. 17), la CIJ llegó a la conclusión de que determinadas actividades podían dar la impresión de constituir intervención aun cuando no lo fuesen. El párrafo 3 del proyecto de artículo 11 debería, pues, redactarse en términos más estrictos.

44. Las mismas observaciones pueden hacerse respecto de los párrafos 4 y 5 del artículo 11. En este caso, la cuestión es más compleja pues en cierto modo se relaciona con la Definición de la agresión de 1974<sup>20</sup> y, al mismo tiempo, con el derecho de los tratados. En todo caso, la Comisión no debe perder de vista que contribuirá al proceso de desarme en la medida en que aliente a los Estados a buscar en los tratados el medio para lograr un desarme general, duradero y completo. Por eso el Sr. Roucounas, al igual que el Sr. Sreenivasa Rao, considera que sólo las violaciones más graves de las obligaciones convencionales deben quedar comprendidas en el ámbito de aplicación del código. Además, esta parte del código deberá estudiarse conjuntamente con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas al derecho inmanente de legítima defensa y a la prohibición del uso de la fuerza. El Sr. Roucounas celebra comprobar a este respecto, que muchos miembros de la Comisión comparten la opinión de que la amenaza es un elemento fundamental que se ha de tener en cuenta en el código. Ante un agresor potencial que utiliza la amenaza, o la fuerza armada, contra otro Estado, este último tiene en efecto el derecho de legítima defensa, y la posibilidad de ver que el Estado agredido haga valer ese derecho en defensa de su soberanía y su integridad territorial es precisamente lo que desalienta al agresor potencial. Por lo tanto, en sus trabajos, la Comisión deberá indicar claramente que tiene en cuenta la legítima defensa.

45. El Sr. BARSEGOV dice que los debates de este período de sesiones sobre el proyecto de código, particularmente densos y dinámicos, han suscitado cuestiones que requieren honda reflexión. Por ejemplo, desde hace algunos días la Comisión se interroga sobre la cuestión de saber si en la lista de crímenes contra la paz deberá figurar la violación del principio de la libre determinación

<sup>20</sup> Véase nota 13 *supra*.

de los pueblos y las naciones. Huelga recordar la importancia que tiene en la vida internacional este principio fundamental, o su carácter de *jus cogens*, confirmado en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados<sup>21</sup> y en algunos otros instrumentos internacionales, en particular el Acta Final de Helsinki<sup>22</sup>. Hoy se habla del derecho de libre determinación de los pueblos como parte de la tercera generación de los derechos humanos; y su ejercicio se considera muy justificadamente como una condición previa para la realización de esos derechos. Sea como fuere, la aparición de ese principio es obra de toda la humanidad, y no es exagerado afirmar que cada pueblo ha aportado su contribución.

46. En su calidad de representante del sistema jurídico socialista soviético, el Sr. Barsegov está orgulloso del papel desempeñado por la URSS en el desarrollo de esa idea humanista y democrática y de su proclamación en las relaciones internacionales. Aún antes de la Revolución de Octubre, Lenin había elaborado los aspectos jurídicos, políticos y económicos del principio de la libre determinación. Como se señala en las tesis del Comité Central del Partido Comunista, el Estado soviético ha hecho una enorme labor de importancia histórica al reafirmar ese principio, en las relaciones entre los pueblos que componen la URSS y en las relaciones entre los Estados en el plano internacional. Ese principio constituye el fundamento en derecho internacional para la descolonización, y los países que han logrado su independencia han desempeñado a su vez un papel fundamental en su elaboración y consolidación, transformándolo en una de las bases mismas del derecho internacional contemporáneo y de las relaciones internacionales. Dado que la realidad es infinitamente compleja, ni las mejores normas pueden evitar que surjan de vez en cuando problemas que obligan a tener en cuenta determinadas circunstancias. En la Unión Soviética los problemas de relaciones entre nacionalidades, que son la herencia directa del estalinismo, se solucionarán de manera democrática en el proceso de la *perestroika*.

47. Como se destaca en el estudio de las Naciones Unidas sobre el derecho a la libre determinación<sup>23</sup>, el principio de la libre determinación influye en prácticamente todas las esferas del derecho internacional. Se ha planteado la cuestión de la necesidad de incluir violaciones a ese principio en la lista de crímenes contra la paz. En su opinión, para definir la relación entre el principio de la libre determinación y el futuro código, es necesario ante todo comprender bien cuál es el contenido de la libre determinación. En dos intervenciones importantes, el Sr. Arangio-Ruiz (sesiones 2053.ª y 2060.ª) ha desarrollado la idea —de la que es partidario— de que la libre determinación tiene dos aspectos. El primero de esos aspectos, que es en cierto modo exterior y que puede definirse recurriendo a la fórmula de Lenin,

«¿con quién vivir?», es el de la determinación de las fronteras sobre la base de la libre expresión de la voluntad del pueblo de un territorio. El segundo aspecto, de carácter interno, es el de la libre elección de las instituciones sociales, culturales, ideológicas y de otra índole por el pueblo de cada país. Esa idea es antigua: en su libro titulado *El territorio según el derecho internacional*, publicado en 1958, el orador ha citado un comentario sobre la Carta de las Naciones Unidas, cuyos autores habiendo adoptado el principio de la libre determinación primero, lo abandonaron durante la guerra fría. En la doctrina soviética de derecho internacional esa interpretación es axiomática. Ambos aspectos deben tenerse en cuenta al decidir en qué parte del proyecto de código, y en qué forma hay que incluir las violaciones al principio de la libre determinación.

48. Las violaciones del principio de la libre determinación revisten diferentes formas y son de naturaleza específica. Es necesario por tanto determinar qué violaciones originan responsabilidad criminal según el proyecto de código como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La lista de crímenes contra la paz del proyecto de artículo 11 presentado por el Relator Especial en su sexto informe (A/CN.4/411) incluye ya muchas violaciones gravísimas del principio de la libre determinación, tales como la dominación colonial, la explotación extranjera, la anexión, la intervención y el empleo o la amenaza de la fuerza contra la independencia, etc. En particular, existe un vínculo manifiesto entre el aspecto exterior del principio y la anexión, crimen que se ha propuesto incluir en el proyecto de código y que ya figura en la Definición de la agresión de 1974<sup>24</sup>. Según la doctrina soviética el elemento clave de la definición de anexión formulada por Lenin es precisamente la violación del derecho de los pueblos a decidir libremente su propio destino. Esa idea se encuentra también en varios instrumentos normativos, tales como la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados y en el Acta Final de Helsinki, así como en las decisiones de la CIJ.

49. Como la relación entre la libre determinación y el principio de la integridad territorial ya está reconocida en derecho internacional y particularmente en los textos mencionados, el Sr. Barsegov se limita a reiterar la idea de que si bien cada uno de ambos principios tienen un contenido propio, están sin embargo relacionados entre sí de modo que uno no puede excluir al otro. Por ejemplo, el principio de la libre determinación no excluye ni la unión de varios Estados para formar un Estado multinacional, ni la creación de dos Estados sobre la base de una sola nacionalidad, ni la asociación de un pueblo o de una parte de un pueblo a otro, ni la secesión. En la libre determinación de los pueblos, se funda, en efecto, la integridad territorial del Estado. Asimismo, la libre determinación de los pueblos unidos en el marco de un Estado nacional o multinacional sería imposible de no respetarse el principio de la integridad territorial, principio que protege al Estado contra toda injerencia externa. La Constitución soviética tiene su

<sup>21</sup> Véase nota 18 *supra*.

<sup>22</sup> Véase 2053.ª sesión, nota 15.

<sup>23</sup> *El derecho a la libre determinación: desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las Naciones Unidas*, estudio preparado por A. Cristescu (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.80.XIV.3).

<sup>24</sup> Véase nota 13 *supra*.



base en esos principios, respecto de los cuales no cabe establecer jerarquías.

50. La intervención también está vinculada al principio de la libre determinación, pero más bien en relación con su aspecto interno, puesto que el objetivo de la intervención es impedir a un pueblo la libre elección de su destino económico o cultural o su modo de vida. Dar a ese acto la categoría de crimen en el sentido del código significa por lo tanto que está prohibido que los Estados invoquen el concepto de libre determinación para injerirse en los asuntos internos de otro Estado.

51. Si la Comisión adopta el punto de vista de los miembros que estiman que la violación del principio de la libre determinación no se limita a los crímenes enumerados en el código, habría que proceder de definiciones de actos que constituyen crímenes que no sean artificiales o forzados sino que existan realmente reconocidos en otros instrumentos y en particular en las decisiones del Tribunal de Nuremberg. De lo contrario, puede caer en la esfera de las relaciones entre pueblos y gobiernos y llegar a un conflicto directo con el principio de no intervención, que está previsto en el proyecto de código.

52. Por último, el Sr. Barsegov estima que al definir los crímenes que figurarán en el proyecto de código, la Comisión deberá precisar el vínculo que existe entre determinados crímenes y el principio de la libre determinación, y propone por lo tanto que se agregue al proyecto de artículo 11 una cláusula de salvaguardia señalando que las violaciones del principio de la libre determinación están relacionadas con los diversos crímenes previstos en el código.

53. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que haga una recapitulación del debate.

54. El Sr. THIAM (Relator Especial) da las gracias a todos los miembros de la Comisión por sus observaciones, que tendrá muy en cuenta. El tema que se estudia es semejante a una criatura caprichosa y difícil de aprehender, y la Comisión debe evitar sus trampas y engaños, esto es, en este caso, la abstracción y la generalidad, los conceptos vagos y ambiguos (por ejemplo, la libre determinación) que siendo de uso en el lenguaje político, no se prestan al análisis ni a la codificación, y por último, el exceso de ambición que unas ideas quiméricas pueden traer consigo.

55. El Sr. Thiam recuerda que por estas razones, desde un comienzo propuso a la Comisión que se ocupara de cuestiones concretas y delimitara el tema, *ratione materiae*, incluyendo en él sólo los crímenes más graves, aquellos que por el salvajismo y la barbarie que los caracterizan comprometen los fundamentos mismos de la civilización contemporánea —según la formulación propuesta a la Asamblea General— y, *ratione personae*, previendo sólo la responsabilidad criminal del individuo, habida cuenta de que hasta el presente, la responsabilidad del Estado es puramente hipotética. La distinción entre los particulares y las autoridades del Estado puede dejarse a un lado, puesto que el principio de la responsabilidad criminal de los individuos abarca precisamente todos los casos, ya sea que el individuo haya actuado en cuanto particular o en cuanto autoridad del Estado. Si en cada artículo se repitiese la formulación «el individuo que... etc.», no se conseguiría más que re-

cargar inútilmente el texto. Una vez enunciado el principio —fundamental, como ha hecho notar el Sr. Al-Khasawneh— de la responsabilidad criminal del individuo, no es necesario agregar nada más.

56. Algunos miembros de la Comisión, en particular el Sr. Calero Rodríguez (2053.ª sesión), se han preguntado si es necesario que se incluya en el texto, en la disposición relativa a la agresión, la Definición de la agresión de 1974 y preferirían que cada uno de los actos que constituyen agresión se tratara en un artículo separado. Por su parte, el Sr. Thiam considera que ese procedimiento no sería lógico, si se considera que la Comisión ha esperado durante 30 años que se apruebe una definición de la agresión para proseguir sus trabajos sobre el proyecto de código. Esa Definición existe actualmente y es necesario asignarle toda la importancia que merece. Por otra parte, al igual que otros muchos miembros de la Comisión, el Sr. Thiam considera que es oportuno combinar la definición general y la lista de actos que constituyen una agresión. Como se trata de una cuestión relativamente nueva, es conveniente ilustrar la definición con ejemplos de actos concretos, conforme a la práctica en derecho penal.

57. El Sr. Reuter (2054.ª sesión) y el Sr. Mahiou (2060.ª sesión) han planteado otro problema, el de saber si para que haya agresión a los efectos del código es necesario que el Consejo de Seguridad determine su existencia. Las opiniones sobre este punto están divididas. El Sr. Beesley (2055.ª sesión) considera que la jurisdicción pertinente debe decidir libremente acerca del enjuiciamiento, aun cuando el Consejo de Seguridad no haya determinado la existencia de una agresión, mientras que el Sr. Arangio Ruiz (2060.ª sesión) opina lo contrario. En otros términos, el problema consiste en saber si la decisión de un órgano jurisdiccional, que por su propia naturaleza es independiente, debe quedar subordinada a la decisión de un órgano político. El Sr. Thiam considera que responder afirmativamente a esta interrogación es tanto como renunciar a la idea de tipificar la agresión en el proyecto de código. En efecto, en la mayoría de los casos que se le presentan, el Consejo de Seguridad o bien no puede determinar expresamente la existencia de una agresión porque uno de sus miembros permanentes ejerce su derecho de veto, o se abstiene de hacerlo por razones políticas. Como ha señalado el Sr. Al-Khasawneh, es importante separar lo jurídico de lo político.

58. Se ha preguntado también si las jurisdicciones nacionales debían tener competencia para conocer de los actos de agresión. Es evidente que si la jurisdicción competente es la del Estado víctima del acto de agresión, es difícil que su juicio sea imparcial. A este respecto, convendría examinar más detenidamente la proposición del Sr. Beesley (véase 2059.ª sesión, párr. 30) de crear una jurisdicción mixta, esto es, compuesta por jueces de diferentes Estados.

59. En lo que concierne a la preparación de la agresión, el Sr. Thiam no ignora que todos los miembros de la Comisión son partidarios de que se incluya en el proyecto de código. Pero, si él ha planteado la cuestión es porque no hay unanimidad de la doctrina; en efecto, ya en Nuremberg el magistrado Francis Biddle, de los Estados Unidos, consideraba que la preparación de la agre-

sión no debía constituir una figura delictiva. Se trata en verdad de una cuestión compleja, como queda demostrado en el ejemplo proporcionado por el Sr. Barboza (2056.ª sesión), esto es, el de un acto de agresión preparado y ejecutado por dos personas diferentes o dos grupos de personas diferentes. ¿Podría sostenerse que la preparación de la agresión tiene el carácter de complicidad? El problema en tal caso estriba en que la noción de complicidad no tiene el mismo alcance en todos los sistemas jurídicos. Por lo tanto, si se decide mantener en el proyecto de código la preparación de la agresión, será necesario, como ha expresado el Sr. Yankov (2058.ª sesión), señalar cuáles son los actos que constituyen preparación, aunque sólo sea para que la preparación no sirva de pretexto a una contraagresión. Por otra parte, ¿se debe enjuiciar al Estado que, después de haber preparado una agresión, renuncia a llevarla a cabo por razones que le son propias? Tal vez se trata en última instancia de cuestiones de hecho cuya apreciación deberá efectuarla en cada caso el tribunal que conozca del asunto.

60. En lo que respecta a la amenaza, el Sr. Thiam considera, al igual que otros miembros de la Comisión, que el término tiene en el párrafo 2 del artículo 11 un sentido diferente del que se le ha dado en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, pero que, aun en esta otra acepción —palabra o acto encaminado a ejercer la coacción— la amenaza está prevista en la Carta. La cuestión de saber, a los efectos del código, dónde termina la amenaza y dónde comienza la preparación, es muy delicada, aun cuando la amenaza, en cuanto constituye una forma de presión, parecería poder distinguirse de la preparación. De cualquier modo, ello es también una cuestión de hecho que deberá dilucidar en cada caso la jurisdicción que conozca del asunto.

61. En lo que respecta a la anexión, el Sr. Thiam opina, lo mismo que el Sr. Roucounas (2057.ª sesión), que el código no debe condicionar la realidad del acto al uso de la fuerza: la historia muestra que la anexión puede lograrse por la vía de las amenazas, las presiones, o por otros medios que no entrañan el uso de la fuerza.

62. En lo que respecta a la intervención en los asuntos de otros Estados, el Sr. Thiam aclara que si ha distinguido entre intervención ilícita e intervención lícita, como lo ha hecho la CIJ en su fallo sobre el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (véase A/CN.4/411, párr. 17), ha sido únicamente por las necesidades del análisis y recuerda que en el proyecto de artículo 11 la intervención no está calificada. En cuanto al contenido del concepto de intervención considera, al igual que el Sr. Díaz González y el Sr. Sepúlveda Gutiérrez (2059.ª sesión), que es difícil limitarlo a la intervención armada, como desearía el Sr. McCaffrey (2054.ª sesión). En este sentido, el término «coacción» que se emplea en la primera variante del párrafo 3 del artículo 11, tiene, de hecho, cierta utilidad.

63. El Sr. Thiam observa que todos los miembros de la Comisión son partidarios de que el terrorismo se incluya entre los crímenes previstos en el código, pero que el texto que ha propuesto al respecto ha sido objeto de dos críticas. La primera, principalmente del Sr. Mahiou, es la de que ese texto está tomado a su vez de un instrumento

bastante antiguo, la Convención para la prevención y represión del terrorismo, de 1937. A su juicio, esta crítica no está justificada, en primer término porque esa Convención abarca prácticamente todos los casos —prevé incluso los medios utilizados— y, además, porque, por su parte, se ha esforzado por completar las disposiciones a fin de tener en cuenta nuevas formas de terrorismo. La segunda crítica es la de que el texto propuesto se refiere a actos, como el daño causado a bienes públicos, que no serían tan graves como para constituir crímenes en el sentido del proyecto de código. A este respecto, el Sr. Thiam considera que no es la importancia de los intereses afectados sino el concurso, la intervención o la participación de un Estado lo que determina la calificación del acto de terrorismo. Como ha señalado el Sr. Bennouna (2057.ª sesión), el criterio determinante es la intervención de un Estado y el Sr. Thiam recuerda que en su tercer informe sobre el presente tema había hecho la siguiente observación sobre el terrorismo internacional:

[...] La participación de un Estado en su concepción, inspiración o realización lo caracteriza y le da ribetes internacionales. [...]

Para los efectos del presente proyecto, toda definición del terrorismo debe poner de relieve su carácter internacional, unido a la índole de los sujetos de que se trate, que en este caso son los Estados[...].<sup>25</sup>

Los actos de terrorismo cometidos por particulares sólo interesan a los efectos del código en la medida en que se acuse a un Estado como instigador, participante o cómplice, pues de lo contrario entran en la esfera del derecho común.

64. Por otra parte, no se puede distinguir entre terrorismo «bueno» y «malo». Aun cuando existen casos —por ejemplo, las luchas de liberación nacional— en que el terrorismo tiene una finalidad legítima, lo que interesa a los efectos del código es la legitimidad de los medios. Ahora bien, el terrorismo, que en la mayoría de los casos daña a víctimas inocentes, no puede en cuanto tal justificarse por causa alguna, por legítima que sea.

65. En lo que respecta al incumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de los tratados destinados a asegurar la paz y la seguridad internacionales, y contestando al Sr. Reuter (2056.ª sesión) y al Sr. Ogiso (2057.ª sesión), —que consideran que se debería prestar atención al elemento de gravedad—, el Sr. Thiam señala que a su juicio la gravedad está implícita en el hecho de violar esas obligaciones. Sin embargo, también en este caso se trata de una cuestión de evaluación de hechos. Como ha observado el Sr. Tomuschat (2056.ª sesión), no se podría censurar a un Estado que reduce sus armamentos, aun cuando al reducirlos infrinja la letra de un tratado de desarme. En cuanto a la agrupación de los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 11, el Sr. Thiam no tiene objeciones; el hecho de que figuren separados en el proyecto se debe a que el primero de esos párrafos reproduce casi íntegramente una disposición que existía ya en el proyecto de código de 1954, mientras que el segundo se refiere a situaciones nuevas.

66. En lo que respecta a la dominación colonial, existen en la Comisión tres distintas posiciones: el Sr. Tomuschat, el Sr. Sreenivasa Rao, el Sr. Njenga y el

<sup>25</sup> *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), págs. 79 y 81, documento A/CN.4/387, párrs. 126 y 142.

Sr. Razafindralambo prefieren la primera variante del párrafo 6 del artículo 11; el Sr. Ogiso, el Sr. Shi, el Sr. Sepúlveda Gutiérrez y el Sr. Hayes prefieren la segunda; por último, el Sr. Reuter, el Sr. Francis, el Sr. Ben-nouna, el Sr. Barsegov y el Sr. Díaz González opinan que se debería combinar ambos textos. El Sr. Thiam no tiene objeciones a esta última solución, a condición de que se mantengan dos párrafos diferentes; aun cuando actualmente sea un hecho que pertenece a la historia, la dominación colonial ha marcado a muchos países y por eso mismo merece figurar en un párrafo separado.

67. En relación con esta disposición se ha planteado la cuestión de la libre determinación, expresión que, a juicio del Sr. Thiam, designa un principio y por lo tanto no debe figurar en un texto de derecho penal encaminado a sancionar hechos. Debido a sus múltiples significados, esta noción no haría más que dificultar la elaboración del código. En efecto, éste se refiere a la libre determinación en las relaciones internacionales, esto es, a la no intervención en los asuntos internos de un Estado, pero no al derecho a la libre determinación de los pueblos en el interior de los Estados. Aplicarlo a las situaciones internas plantearía graves dificultades, como lo han destacado el Sr. Francis (2054.ª sesión), el Sr. Njenga (2057.ª sesión) y el Sr. Koroma (2060.ª sesión), y, en particular, los países africanos no podrían aceptarlo, pues han establecido el principio de la intangibilidad de las fronteras para resistir a las tentaciones de acción centrífuga debidas a la multiplicidad de grupos étnicos.

68. Al pasar a referirse al concepto de planificación de la agresión, que el Sr. Graefrath (2055.ª sesión) ha pedido se introduzca en el código, el Sr. Thiam opina que es todavía prematuro pronunciarse sobre esa cuestión. Por su parte, había examinado ese problema en su tercer informe<sup>26</sup>, al referirse al concepto de *conspiracy* que, según observaba, llevaba en ciernes la noción de responsabilidad colectiva que dista mucho de ser admitida en todos los sistemas jurídicos. A este respecto, cabe observar que el Tribunal de Nuremberg, si bien aplicó esa noción a los crímenes contra la paz, se negó a aplicarlo a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Por su parte, el Sr. Thiam considera que para fijar su posición a este respecto la Comisión debería aguardar a haber examinado los crímenes contra la humanidad.

69. El Sr. Thiam juzga interesante la proposición del Sr. Mahiou de que se tipifique como crimen la expulsión de pueblos de su territorio, pero se pregunta si se trata de un crimen contra la paz o de un crimen contra la humanidad. De todos modos, se podrá analizar esa idea en el próximo período de sesiones, cuando se examinen los crímenes contra la humanidad.

70. Por último, el Comité de Redacción deberá tener en cuenta las observaciones hechas sobre cuestiones de forma.

71. El Sr. KOROMA, lamentando no haber podido hacer uso de la palabra antes que el Relator Especial, dice que en lo fundamental no hay desacuerdo entre ambos y que el Sr. Thiam se ha referido a la mayoría de las

cuestiones que por su parte deseaba plantear. El debate habría sido tal vez más productivo si cada crimen se hubiese examinado separadamente pero, tal como se ha desarrollado, ha permitido a los miembros de la Comisión presentar las observaciones que consideraban necesarias. Al igual que varios otros miembros, y fundamentalmente por razones históricas, el Sr. Koroma hubiese preferido que la anexión se considerase un crimen distinto y autónomo, pero el Relator Especial no parece haber respondido a esa sugerencia en la exposición que acaba de hacer.

72. Habida cuenta de la situación internacional actual, que se caracteriza por el empleo de la fuerza, las agresiones, las violaciones masivas de los derechos humanos y la denegación del derecho de libre determinación de los pueblos, la profundidad del debate, donde se han podido tratar todas estas cuestiones, ha mostrado hasta qué punto el tema es pertinente y cuán necesario es que la Comisión continúe elaborando el proyecto de código.

73. El Sr. THIAM hace notar que, según señaló, la anexión se incluiría en una disposición separada.

74. El PRESIDENTE, considerando que las discrepancias manifestadas respecto del proyecto de artículo 11 se refieren a la forma y no al fondo, propone que se remita el texto al Comité de Redacción, junto con las observaciones de los miembros de la Comisión y el resumen que del debate ha hecho el Sr. Thiam. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión decide enviar el proyecto de artículo 11 al Comité de Redacción.

*Así queda acordado*<sup>27</sup>.

75. El Sr. McCaffrey, recordando la decisión de principio adoptada por la Comisión en el sentido de no enviar prematuramente los proyectos de artículo al Comité de Redacción, expresa sus reservas sobre la oportunidad de que se le remitan las disposiciones del proyecto de artículo 11 relativas al mercenarismo y al terrorismo, así como los párrafos 4 y 5.

76. El PRESIDENTE señala que el Comité de Redacción tendrá en cuenta la reserva expresada por el Sr. McCaffrey.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

<sup>27</sup> Véanse los proyectos de artículos 11 y 12 propuestos por el Comité de Redacción [sesiones 2084.ª (párrs. 68 y ss.) y 2085.ª (párrs. 23 y ss.)].

## 2062.ª SESIÓN

*Miércoles 15 de junio de 1988, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

*más tarde:* Sr. Bernhard GRAEFRATH

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Ben-nouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr.

<sup>26</sup> *Ibid.*, págs. 76 y 77, párrs. 93 a 105.