

crímenes distintos. Sin embargo el proyecto de artículo 14 propuesto por el Relator Especial no menciona expresamente la instigación directa o el hecho de pertenecer a un grupo o a una organización criminal como actos constitutivos de otros crímenes.

83. El Código Penal indio<sup>20</sup> trata ampliamente de conceptos tales como: la codelinuencia, con arreglo a la cual cuando un acto criminal ha sido cometido por varias personas que actúan con un objetivo común, cada una de ellas incurre en responsabilidad penal; la asistencia, es decir, el hecho de ayudar o de incitar a una persona a cometer un acto delictivo o el hecho de tomar parte en una *conspiracy* si de ella resulta un acto ilícito por comisión u omisión; la *criminal conspiracy*, que es el hecho de ponerse de acuerdo para cometer un acto ilícito o para cometer por medios ilícitos un acto que no lo es; la pertenencia a un grupo ilegal que comete una infracción con un objetivo común; y la tentativa de cometer una infracción castigada con la cadena perpetua o con una pena de prisión y que no ha dado resultado por razones independientes de la voluntad del delincuente. Además, los delitos de asistencia y de *conspiracy* y la tentativa se tienen expresamente en cuenta en el caso de los crímenes contra el Estado, de atentados contra las fuerzas armadas, de atentados contra la integridad físicas de la persona humana, como el asesinato y el homicidio voluntario o de otras infracciones graves. Incluso la tentativa de suicidio constituye una infracción distinta respecto a la cual se prevé una sanción.

84. Debido a la gravedad de los actos que constituyen los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión debería incluir en el proyecto de código la conspiración (*conspiracy*), la asistencia o la instigación directa, la complicidad y la tentativa, como infracciones distintas. Dado que esas disposiciones tratan de la identificación del delincuente que ha cometido un acto determinado, éstas deberían figurar en la parte en que se enumeran los crímenes más bien que en la dedicada a los principios generales. En lo que se refiere al proyecto de artículo 14, el Sr. Jagota prefiere la primera variante del párrafo A. El término «*conspiracy*» debería ser objeto de un comentario inspirado en el fondo de la segunda variante. Quizá se podría introducir también en ese proyecto de artículo la instigación directa, que aparece en el proyecto de código de 1954, en la Convención de 1948 sobre el genocidio así como en la Convención Internacional de 1973 sobre el *apartheid*. No cabe mencionar la simple calidad de miembro de una organización o de un grupo entre los actos constitutivos de un crimen, a menos que afecten al interesado las demás disposiciones del proyecto de artículo 14.

*Se levanta la sesión de las 13 horas.*

<sup>20</sup> *The Indian Penal Code*, con comentario y notas de M.P. y R. Tandon, 12.ª ed. (Allahabad, Allahabad Law Agency, 1979).

## 1963.ª SESIÓN

*Martes 10 de junio de 1986, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Julio BARBOZA

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

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación)** [A/CN.4/387<sup>2</sup>, A/CN.4/398<sup>3</sup>, A/CN.4/L.398, secc. B, ILC (XXXVIII)/Conf.Room Doc.4 y Corr.1 a 3]

[Tema 5 del programa]

### CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

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

1. El Sr. MAHIOU afirma que los razonamientos expuestos por el Relator Especial en su cuarto informe (A/CN.4/398) son tan convincentes que se corre el riesgo de olvidar un poco los problemas subyacentes, extremadamente complejos, que la Comisión tendrá que resolver para elaborar el proyecto de código. El enfoque que ha adoptado y que consiste en combinar el método analítico y el método sintético, es totalmente satisfactorio. En efecto, le ha permitido obtener principios generales, como le había pedido la Comisión, evitando un doble obstáculo, el de proponer definiciones demasiado detalladas, o por el contrario, formular principios demasiado abstractos, que hubiera sido difícil relacionar con situaciones concretas. Ahora bien, en derecho penal es necesario permanecer en la esfera de lo concreto.

2. Idealmente, el proyecto de código debería reunir tres condiciones: definir los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, prever las sanciones correspondientes y determinar la jurisdicción que podría calificar esos crímenes y aplicar esas sanciones. En lo que se refiere a este último punto, no es seguro que los Estados se opongan a la creación de una jurisdicción penal internacional por la buena razón de que muchos de ellos se encontrarían en un aprieto si tuvieran que juzgar ellos

<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)*, págs. 11 y 12, párr. 54] se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 8, párr. 18.

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

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

mismos ciertas infracciones y sin duda las remitirían de buen grado a esa jurisdicción.

3. Es necesario actuar con precisión y rigor para avanzar en la elaboración del proyecto de código. En derecho penal interno, en particular cuando se trata de calificar los crímenes, la imprecisión es peligrosa ya que puede ser causa de violación de las libertades fundamentales. Toda calificación demasiado flexible o demasiado general corre el riesgo de dar lugar a abusos. Lo que se aplica para el derecho interno se aplica *a fortiori* para el derecho internacional, sobre todo si en lugar de prever la creación de un tribunal internacional se mantiene el principio de la competencia universal, en virtud del cual las jurisdicciones nacionales tendrían que conocer de los crímenes enunciados en el código. Para precaverse contra el riesgo de contradicciones, todavía mayores en ese caso, o incluso de errores en la interpretación de los hechos será necesario que la Comisión elabore definiciones lo más precisas posible. Por ello, entre las diferentes variantes que propone el Relator Especial en el proyecto de código, el Sr. Mahiou prefiere las más precisas, las más rigurosas y que no ofrecen el riesgo de dar lugar a interpretaciones abusivas o incluso erróneas.

4. Esta preocupación de ser rigurosa puede también incitar a la Comisión a reducir el número de crímenes enunciados en el código, reteniendo sólo aquellos cuya inclusión quede aprobada por la mayoría de los Estados.

5. En lo que se refiere a los criterios de calificación, el Relator Especial ha tenido plenamente razón en tratar de hacer un inventario. La distinción fundamental que hace entre los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra ofrece, en la fase actual de los trabajos, un excelente punto de partida. Es cierto que esta distinción es relativa, ya que, por ejemplo, una infracción dada puede constituir a la vez un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad. Pero ello es totalmente normal. Además, esa misma relatividad existe en derecho interno.

6. Una vez admitida esa distinción fundamental, cabe preguntarse si no sería necesario, dentro de cada una de las tres categorías de crímenes, introducir una nueva distinción entre aquellos crímenes cuya definición no suscita objeciones mayores por parte de los Estados y verdaderamente no se presta a controversia, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, y aquellos respecto de los cuales es mucho más difícil obtener un acuerdo.

7. En cuanto a los primeros, es decir, en particular la agresión, el genocidio y la mayoría de los crímenes de guerra —aun cuando en el caso de estos últimos se puede prever también una distinción entre los crímenes de guerra «simples» y los crímenes de guerra que constituyen también crímenes contra la paz o crímenes contra la humanidad— bastaría atenerse a las definiciones y calificaciones enunciadas en las principales convenciones internacionales pertinentes.

8. Pero, en cuanto a los segundos, es esencial determinar cuáles son los elementos que dan su carácter específico a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y que hacen que un acto determinado deba incluirse entre esos crímenes y enunciarse en el proyecto

de código. A ese respecto, el Relator Especial ha facilitado enormemente la labor de la Comisión. En su análisis de los crímenes contra la humanidad (*ibid.*, párrs. 20 a 26) examina varios elementos. Algunos son materiales, otros psicológicos y otros mixtos. Se trata de la atrocidad del crimen, del hecho de que atente contra un derecho fundamental, del carácter masivo, de la calidad del autor y del móvil. Es cierto que, considerados por separado, cada uno de esos criterios puede ser impugnado. En la Comisión, por ejemplo, se preguntó si era siempre necesario el elemento del carácter masivo. En efecto, de los cinco criterios previstos por el Relator Especial sólo parece existir unanimidad respecto al móvil.

9. También se ha planteado la cuestión de si un acto o un hecho debe presentar todas esas características a la vez o solamente algunas —y en ese caso, cuáles— para poder ser calificado de crimen contra la humanidad. Una cosa parece segura, no basta un solo criterio y algunos de ellos, en particular la calidad del autor, no son determinantes. En efecto, un particular, ya se trate en nombre del Estado o a título individual, puede muy bien cometer un crimen contra la humanidad. Por el contrario, hay tres elementos decisivos: la gravedad, el carácter masivo y el móvil. Además, éstos deben ir siempre reunidos para que se pueda hablar de crimen contra la humanidad. Esa condición permitirá evitar que el proyecto de código se apoye en el derecho interno tratando como crímenes de derecho común los que corresponden a las jurisdicciones nacionales. Así pues, a este respecto el Sr. Mahiou no cree que sea oportuno incluir el mayor número posible de criterios y alargar inconsideradamente la lista de crímenes que deben figurar en el código.

10. Es cierto que desde el punto de vista jurídico y ético son perfectamente defendibles la concepción ampliada y, por otra parte, la concepción restringida de crimen contra la humanidad. Pero la Comisión debe también tener en cuenta la voluntad de los Estados. Debe saber lo que los Estados están dispuestos a aceptar, o más exactamente a soportar, y hasta dónde es posible ir sin suscitar reacciones demasiado negativas por parte de ellos. Sería lamentable que el hecho de añadir crímenes que ya están previstos en el derecho interno o respecto a los cuales los Estados no están seguros que deban figurar en el proyecto de código, obstaculice la codificación de las disposiciones que condenan los crímenes más graves y más odiosos.

11. La parte del informe dedicada a los atentados graves contra el medio humano (*ibid.*, párrs. 66 y 67) quizá es un poco demasiado elíptica y un lector poco enterado podría incluso pensar que se sitúan en un mismo plano los atentados que son consecuencia de un accidente y los que resultan de un acto intencional. Así pues, sería necesario subrayar aún más el móvil. Entre los atentados graves al medio ambiente, que pueden resultar de actos cometidos tanto en período de conflicto armado como en tiempo de paz y que por lo tanto pueden relacionarse, según las circunstancias, con los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra, sería conveniente mencionar aquellos que resultan de la destrucción de una central nuclear, del torpedeo de un petrolero gigante y de la destrucción de instalaciones de perforación en el mar. Esos actos, cuyas consecuencias son extremada-

mente graves, tienen un lugar entre los crímenes que se pretende castigar en el proyecto de código.

12. En lo que se refiere a la mención del uso del arma nuclear, el Sr. Mahiou quisiera señalar en primer lugar que puede suceder que un particular, desobedeciendo las órdenes de sus superiores jerárquicos, haga uso del arma nuclear. Así pues, se plantea al respecto la cuestión de una posible responsabilidad individual. Pero la cuestión que plantea una mayor controversia es la de si conviene incluir entre los crímenes del guerra sólo el «primer» uso del arma nuclear. Por su parte, el Sr. Mahiou duda del fundamento de la distinción que se hace entre el «primer» uso y la respuesta. Es cierto que en el primer caso hay agresión mientras que en el segundo hay únicamente ejercicio del derecho de legítima defensa. Pero la respuesta puede entrañar daños tan graves como la agresión, o incluso más graves, por lo que constituye también un crimen. En realidad el Sr. Mahiou se inclinaría a pensar que el «primer» uso del arma nuclear es a la vez un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad y que la respuesta, debido a sus consecuencias, constituye un crimen contra la humanidad. La distinción entre el «primer» uso y los usos siguientes se justificaría quizá aún más si se hiciera en el título II del capítulo I del proyecto de artículos, dedicado a los principios generales. El caso del autor de la respuesta podría preverse en el proyecto de artículo 8 relativo a las excepciones al principio de la responsabilidad.

13. Sin embargo, la incriminación del uso del arma nuclear está lejos de ser unánime. Los que no son favorables a ese uso hacen valer, en particular, que se trata de una esfera aparte y que ciertos Estados han emprendido ya la elaboración de una convención encaminada a prohibir el uso de las armas nucleares. Este argumento, aunque importante, no es decisivo. En efecto, entre los demás actos o hechos enunciados en el proyecto de código, algunos son también objeto de negociaciones entre Estados o de discusiones en otras instancias, lo que no impide que la Comisión continúe su trabajo de codificación al respecto.

14. El Comité de Derechos Humanos, que se preocupa también de ese problema, ha declarado además en el informe que ha presentado a la Asamblea General en su cuadragésimo período de sesiones<sup>4</sup> que:

Es evidente que el diseño, ensayo, fabricación, posesión y despliegue de armas nucleares constituyen una de las mayores amenazas al derecho a la vida con que se enfrenta actualmente la humanidad. Esta amenaza se agrava por el peligro de que lleguen a utilizarse efectivamente tales armas, no sólo en caso de guerra, sino a causa de un error o fallo humano o mecánico.

y que

Debería prohibirse la producción, ensayo, posesión, despliegue y utilización de armas nucleares y reconocerse que se trata de delitos de lesa humanidad.

15. El punto de vista expresado por ese órgano no puede dejar indiferente a la Comisión. Si el uso de armas nucleares, pero también el de armas de efecto equivalente, no se tuviera en cuenta en el proyecto de

código, se estaría ante una situación paradójica que ilustraría la moral de La Fontaine: «Según seas poderoso o miserable, la corte te considerará blanco o negro.» En efecto, en este caso el terrorismo, que el arma de los débiles y de los pobres, constituiría un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad pero no el uso del arma nuclear que es el arma de los poderosos y los ricos.

16. En conclusión, el Sr. Mahiou dice que apoya el proyecto de artículos propuesto por el Relator Especial, quedando entendido que habrá que hacer varias mejoras y en particular mostrarse extremadamente preciso y riguroso en la definición y la calificación de los crímenes que se enuncien en el proyecto de código.

17. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que del examen detallado del cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/398), que por otra parte responde totalmente a lo que esperaba la Comisión, se hacen evidentes varias lagunas, imputables sobre todo a las dilaciones de los gobiernos. En efecto, la Comisión había decidido desde el comienzo, plantear no sólo el problema de la responsabilidad penal del Estado sino también, y sobre todo, el de la aplicación del código, es decir la cuestión de las sanciones y la elección de la jurisdicción competente. Si bien la cuestión de la responsabilidad penal del Estado puede aplazarse sin causar demasiados inconvenientes, no ocurre lo mismo con la aplicación del código y, en particular, con la atribución de competencia. En efecto, un proyecto de código en el que no figuraran disposiciones relativas a su aplicación correría el riesgo de quedarse en letra muerta.

18. Aunque en la etapa actual de los trabajos de la Comisión no es posible profundizar sobre esta cuestión, no por ello deja de ser altamente deseable que la Comisión haga saber a la Asamblea General que necesita recibir urgentemente las directrices indispensables para continuar su mandato así como indicaciones sobre las modalidades de aplicación del código y sobre el tipo de jurisdicción que la Asamblea desee elegir.

19. Como ya se ha dicho muchas veces en el curso del debate, las disposiciones del código, debido a su carácter penal, deberán ser redactadas con rigor y precisión de forma que no puedan dar lugar a diferentes interpretaciones. Todos los elementos constitutivos de los conceptos generales y de las infracciones enunciadas deberán figurar en el texto mismo de los artículos y no en los comentarios.

20. Además, para la formulación de proyectos de artículo, sería conveniente tener en cuenta el tipo de jurisdicción —jurisdicción nacional o jurisdicción internacional— que tendría que aplicarlos. Si la Asamblea General decidiera que la competencia correspondía a los tribunales nacionales, se podría recurrir a distintas jurisdicciones para que conocieran de casos similares. Ahora bien, si el juez debiera determinar él mismo el contenido y el alcance de ciertos conceptos y definiciones formulados de manera demasiado vaga en el texto del código, se correría el riesgo de que la jurisprudencia no fuera uniforme. Incluso si la mayoría de los Estados optaran finalmente por una jurisdicción penal internacional, de lo que parece estar seguro el Relator Especial, el Sr. Razafindralambo seguiría siendo partidario de una formulación precisa y detallada.

<sup>4</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento N.º 40 (A/40/40), anexo VI, párrs. 4 y 6.

21. En el capítulo II del proyecto de código, que trata concretamente de las infracciones, el Relator Especial ha optado por una división tripartita de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, dedicando a cada categoría de crímenes un título distinto y un artículo único. Esos artículos, en los que las infracciones previstas son objeto de párrafos separados y los ejemplos ilustrativos se presentan en apartados, pues, en razón del método elegido, excepcionalmente largos para disposiciones penales. Ese método no es siempre muy claro, ya que la enumeración de los actos o los hechos citados a título de ejemplo no siguen aparentemente un orden establecido previamente. Se ha hablado incluso a ese respecto de superposición y de doble empleo. Pero es ésta una cuestión que podrá resolverse en el Comité de Redacción.

22. En lo que se refiere al orden en que aparecen las tres categorías de crímenes, aunque el Relator Especial se ha apartado de los Principios de Nuremberg<sup>5</sup> y del proyecto de código de 1954, al elegir colocar los crímenes contra la humanidad antes que los crímenes de guerra —elección que, por otra parte, la Comisión podría volver a examinar— y al tratar en el título IV del capítulo II de las «otras infracciones», es decir, el complot, la conspiración, la complicidad y la tentativa, ha seguido, por el contrario, el ejemplo de los redactores de los instrumentos mencionados, que se inspiraron evidentemente en los regímenes del *common law*. En efecto, en los regímenes de derecho escrito, la complicidad y la tentativa están incorporados en los principios generales, y el complot constituye un caso especial, ya sea de complicidad o de participación en calidad de coautor de un crimen, o incluso, como en el derecho penal francés, un crimen específico.

23. El nombre dado al título IV es causa también de reservas. En efecto, en la medida en que se admite que existen tres categorías de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el hecho de dedicar una parte especial a «otras infracciones» podría, a primera vista, hacer pensar que las infracciones no constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Así pues, sería preferible renunciar a esa fórmula general y designar simplemente cada una de las infracciones enunciadas por su nombre, dejándola, por lo demás, en el lugar que el Relator Especial le ha asignado.

24. En todo caso, en el texto mismo del proyecto de artículo 14 habría que definir los conceptos de conspiración, complicidad y tentativa, en lugar de limitarse a decir, por ejemplo, que «son también crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: la conspiración para cometer...». No hay que olvidar que el código sería el único instrumento de derecho internacional con disposiciones penales.

25. A ese respecto, sería preferible —sobre todo si la competencia en materia de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad debe ser atribuida a jurisdicciones internas— que, cuando las infracciones enunciadas estén ya definidas en instrumentos existentes, se repitan esas definiciones de ser posible *in extenso*. No importa que los instrumentos en cuestión sean conven-

ciones que no han sido ratificadas por todos los Estados o incluso resoluciones de la Asamblea General, pues en general se admite que esas resoluciones pueden consagrar principios de derecho consuetudinario por lo que se imponen a toda la comunidad internacional.

26. El Sr. Razafindralambo, examinando después las tres grandes categorías de crímenes, precisa, respecto a los crímenes contra la humanidad, que apoya totalmente la interpretación de la palabra «humanidad» en el informe (*ibid.*, párr. 15) por designar ese término el «género humano en su conjunto». Aprueba también los criterios de calificación enumerados por el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 21 a 26). La gravedad y el carácter masivo, en particular, son totalmente característicos de los crímenes contra la humanidad. Es evidente que todos esos crímenes suponen una intención delictiva pero su calificación depende en definitiva del móvil que, como el Relator Especial subraya, constituye una intención especial, distinta, incorporada en el crimen.

27. Como ya ha tenido ocasión de decir a la Comisión, en su 36.º período de sesiones<sup>6</sup>, el Sr. Razafindralambo estima que deben incluirse en el proyecto de código los crímenes enunciados en el proyecto de código de 1954, es decir, el genocidio y los actos inhumanos, pero también aquellos que, como el *apartheid*, son objeto de convenciones adoptadas y que han entrado en vigor posteriormente. A su juicio, los actos inhumanos deben conservar su carácter específico.

28. El Sr. Razafindralambo estima además que todos los crímenes contra la humanidad que no reúnan las características específicas del *apartheid* y del genocidio y que no presenten en particular un elemento masivo, deben ser calificados de actos inhumanos. Tal es el caso de la esclavitud. Ahora bien, en lo que se refiere a ese crimen, que es objeto de diversas convenciones internacionales en vigor, no se opondría a que se tratase como una infracción distinta. Por el contrario, el Sr. Razafindralambo no puede apoyar las propuestas encaminadas a alargar la lista de los actos inhumanos añadiendo, por ejemplo, la trata de mujeres o incluso el tráfico de estupefacientes por tratarse de crímenes internacionales que no tienen el carácter de gravedad particular que revisten los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y cuya represión corresponde al arsenal legislativo nacional.

29. Los atentados graves contra el medio humano tienen un lugar entre los crímenes contra la humanidad, aunque ese crimen —como por otra parte el genocidio, el *apartheid* y la dominación colonial— se trata también en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, su inclusión en el proyecto de código y su calificación penal no parecen suscitar reservas importantes en la Comisión.

30. En lo que se refiere a los crímenes de guerra, el Sr. Razafindralambo es totalmente partidario de la idea de extender el ámbito de aplicación del proyecto de código a entidades no estatales como los movimientos de liberación nacional. En realidad no se trata más que de

<sup>5</sup> Véase 1958.ª sesión, nota 4.

<sup>6</sup> Véase *Anuario...* 1984, vol. 1, pág. 12, 1816.ª sesión, párrs. 41 y 42.

consagrar las disposiciones del Protocolo adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>7</sup>. El orador aprueba las diversas propuestas encaminadas a mantener la expresión clásica «crimen de guerra» y estima, como el Relator Especial, que existe una diferencia muy clara entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.

31. En lo que se refiere a la formulación del proyecto de artículo 13, si hubiera consenso en favor de una enumeración no limitativa, el Sr. Razafindralambo no se opondría a que la Comisión aceptara esa solución pese a que presenta el riesgo de una interpretación extensiva.

32. En el inciso ii) del apartado *b* de la segunda variante del proyecto de artículo 13 figura entre los crímenes de guerra «el uso ilícito de armas y, en especial, de armas que, por su naturaleza, afectan sin distinción». Si, como parece ser el caso, se acepta el principio de esta disposición, no se acierta a comprender cómo se puede sostener que no se refiere al uso de las armas nucleares. Es cierto que se puede considerar que sería más realista no mencionar el uso de ese tipo de armas, a fin de evitar que las Potencias nucleares rechacen de entrada la totalidad del proyecto de código. También se puede hacer valer que, en caso de holocausto nuclear, no quedaría en la Tierra ni juez ni acusado.

33. Pero desde un plano estrictamente jurídico, dado que el uso sin discriminación de armas de destrucción masiva ha sido considerado siempre contrario a las leyes y usos de la guerra y que su prohibición se ha consignado en los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, es difícil pretender que no sea ilícito el uso de armas nucleares que sin duda alguna son armas de destrucción masiva. Además, en la medida en que la Comisión acepte sancionar los atentados graves contra el medio humano, debería sacar las consecuencias que se imponen y reconocer que el uso del arma nuclear causaría indudablemente atentados graves contra el medio humano.

34. Por el contrario, ninguna norma de derecho internacional, salvo las que se derivan del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares<sup>8</sup> que muchos Estados no han ratificado, prohíbe la fabricación de armas nucleares. Por ello no se comprende cómo se podría prohibir la posesión de esas armas y ordenar la destrucción de las existencias actuales.

35. En la parte III del informe, el Relator Especial analiza los delicados conceptos de complot, complicidad y tentativa con un rigor ejemplar.

36. En lo que se refiere al complot, el Sr. Razafindralambo apoya la propuesta del Relator Especial encaminada a mantener la acusación de complot no sólo para los crímenes contra la paz sino también para el conjunto de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Además, siguiendo el ejemplo de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, sería conveniente incluir la calidad de miembro de un grupo o de una organización o la participación en un

plan concertado, único medio de alcanzar al individuo que pertenece a una organización criminal. Por las razones que se han invocado más arriba, sería necesario enunciar en el texto mismo del párrafo dedicado al complot, todos los elementos constitutivos de esa infracción.

37. La complicidad deberá también ser definida con precisión. La sección B del proyecto de artículo 14 ofrece un buen punto de partida al respecto.

38. En lo que se refiere a la tentativa, el Sr. Razafindralambo señala que el proyecto de código de 1954 incluía, entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, los actos preparatorios del empleo de la fuerza armada y la tentativa, sin otra precisión. Dado que el párrafo C del proyecto de artículo 14 nada dice sobre esa cuestión, la Comisión deberá explicarse claramente sobre el alcance que entiende dar al concepto de tentativa en el derecho internacional penal —en lugar de remitirse implícitamente a las soluciones ofrecidas por el derecho penal interno— y decidir, en particular, si el desistimiento voluntario debe anular la acusación. En realidad, se debería precisar en la definición que la tentativa es un comportamiento no equívoco y directo, que representa una etapa sustancial hacia la comisión de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad pero que no ha logrado su fin debido a circunstancias independientes de la voluntad del autor.

39. El Sr. RIPHAGEN dice que hay dos formas de concebir la elaboración de un código de crímenes, según se considere desde el punto de vista de la necesidad de reforzar las normas que rigen las relaciones entre los Estados o desde el punto de vista del castigo de los crímenes, cuyos autores son insuficientemente castigados debido a la actitud de las autoridades nacionales competentes o es difícil perseguirlos en un marco puramente nacional a causa del carácter transnacional de sus actos.

40. La primera de esas dos concepciones, que retendrá la atención del Sr. Riphagen, pone en juego tres consideraciones interdependientes. En primer lugar, las normas aplicables a las relaciones entre los Estados no necesitan todas ser reforzadas de este modo; en segundo lugar, *a priori* no faltan razones para limitar el código a los crímenes que tienen un carácter «casi estatal»; y en tercer lugar, en el crimen y el castigo, cuando se trata de personas, entra necesariamente un elemento moral.

41. El fortalecimiento de las normas que rigen las relaciones entre los Estados exige la adopción de disposiciones sobre las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos que están fuera del marco jurídico de esas relaciones. Se imponen normas relativas a la responsabilidad penal de las personas. Ello es aún más necesario dado que, como demuestra la experiencia, es extremadamente difícil sancionar a los Estados como tales sin que ello afecte a los intereses de otros Estados, o sin actuar contra los derechos humanos fundamentales, incluido el derecho a la libre determinación. Por ello, el objetivo que se busca debe ser el de elaborar directamente normas particulares, correspondientes al *jus cogens*. Este efecto directo —que en primer lugar se referirá a las personas que no actúan en nombre del Estado y, en segundo lugar, a las relaciones jurídicas que normalmente no están sometidas a las normas que rigen las re-

<sup>7</sup> Véase 1959.ª sesión, nota 6.

<sup>8</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 729, pág. 191.

laciones entre los Estados— requerirá una cierta adaptación del contenido de las normas aplicables a las relaciones interestatales y tendrá repercusiones sobre las normas tradicionales relativas a la jurisdicción de los Estados y a la asistencia mutua entre Estados. Así pues, en un cierto sentido la operación encaminada a establecer un código tiene totalmente por finalidad conciliar las normas aplicables con las relaciones interestatales de los sujetos que constituyen a la vez el punto de partida y la meta del derecho, es decir, los seres humanos. Ello sigue siendo cierto incluso cuando se confía el castigo del crimen a las autoridades de un Estado o de una institución internacional y cuando están en juego, o al menos se invocan, los intereses de la comunidad internacional en su conjunto.

42. El Sr. Riphagen, volviendo a las tres consideraciones antes mencionadas, afirma que la primera de ellas plantea el problema de la relación entre los crímenes que hay que incluir en el proyecto de código y el concepto de *jus cogens* internacional. El *jus cogens* internacional, en su aspecto más esencial, se relaciona con las condiciones que marcan los límites del sistema de coexistencia entre Estados diferentes y soberanos, lo que implica que los crímenes que se definan en el código deben limitarse a lo que se llama, con cierta vaguedad, infracciones «más graves». A ese respecto, el Sr. Riphagen duda mucho de que, por ejemplo, se pueda calificar pura y simplemente de crimen contra la paz que entraña una responsabilidad penal individual la intervención de las autoridades de un Estado en los asuntos internos o externos de otro Estado (proyecto de artículo 11, párr. 3); a su juicio, se trata de un concepto demasiado amplio para normas que tratan de la responsabilidad penal individual.

43. La segunda consideración hace entrar en cuenta lo que se ha llamado «el elemento de masa». La Comisión se encuentra ante la necesidad de adaptar el contenido de las normas de derecho internacional para hacerlas aplicables a una relación totalmente diferente, la que se deriva de la responsabilidad penal de los individuos. A juicio del Sr. Riphagen es perfectamente razonable no querer limitarla a las personas que actúan en nombre del Estado. Ahora bien, los comportamientos previstos en el proyecto de código deben distinguirse de los crímenes de derecho común que son sólo de la competencia de los regímenes judiciales nacionales y parece que la distinción está en que el acto punible en virtud del código —acto individual por definición— debe ser parte de un comportamiento sistemático o un deseo general en el que intervienen, de forma interdependiente pero distinta, varios actos, delincuentes y víctimas. Sin duda, a este concepto, difícil de explicar en el proyecto de código, ha querido referirse el Sr. Riphagen en la expresión «casi estatal». Por supuesto, la intención criminal del individuo forma parte de esa serie de vínculos que existen entre los diversos elementos del comportamiento colectivo y el objeto y fin de ese comportamiento. Además, ese tipo de comportamiento se caracteriza en general, del lado activo, por una cierta forma de organización y, del lado pasivo, por la elección de un grupo de personas como «enemigos», es decir, por una situación de «cuasi guerra» correspondiente a un comportamiento «cuasi estatal».

44. La tercera consideración —el elemento moral— se trata principalmente en los proyectos de artículos 8 y 9 propuestos por el Relator Especial. Comprende en particular la «elección moral» del autor del acto ante la orden que ha recibido. Pero el elemento moral no se limita a eso: existe también un elemento moral en la naturaleza del castigo y de la autoridad encargada de dictarlo. Los juicios morales sobre el castigo tienden, en efecto, a ser «intemporales» en la medida en que prevalece la idea de *hic et nunc* sobre las condiciones relativas a las circunstancias pasadas y futuras. Esto es inevitable hasta un cierto punto; sin embargo, cabe preguntarse si es verdaderamente justo descuidar el paso del tiempo respecto a todos los crímenes previstos en el código. También en este punto la Comisión deberá tener cuidado de no caer en la abstracción.

45. El Sr. EL RASHEED MOHAMED AHMED, dice que el informe que se examina (A/CN.4/398) es un motivo de orgullo para todos los juristas de África. Se propone hacer algunas observaciones de carácter general sobre ese importante documento y a la vez se referirá brevemente a los principios generales del derecho islámico relativos a ciertos aspectos, a fin de ampliar las posibilidades de comparación.

46. En cuanto a los crímenes contra la humanidad, el Relator Especial señala (*ibid.*, párr. 7) que la base doctrinal de la reglamentación de los conflictos armados se encuentra en la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino y en *De jure belli ac pacis* de Grocio. Ello es indudablemente cierto; pero Santo Tomás e incluso Grocio quizá estuvieron influidos por una doctrina anterior, reflejada en las enseñanzas del Islam.

47. Según la tradición, el Profeta Mahoma prescribía a los ejércitos no matar a los heridos, a los viejos, a las mujeres ni a los niños y no cortar los árboles. Sin embargo, tratándose del patrimonio de la humanidad, es difícil, e incluso imposible, trazar una línea de demarcación muy clara. Las civilizaciones, las culturas, las razas, las tribus y los grupos étnicos se mezclan, desaparecen y a veces se funden en conjuntos más amplios. Pero si la historia de la humanidad está marcada por una serie de luchas constantes, lo que queda constituye el patrimonio de la humanidad. Cuenta el Corán que Kabeel (Caín) mató a Habeel (Abel) por celos y por codicia. Y dispone el Corán:

Por esta causa prescribimos a los Hijos de Israel que quien matare a una persona sin que fuere por otra o por extender el escándalo por la tierra, fuese juzgado como si hubiese matado a todo el género humano y que quien la resucitare, fuese recompensado como si hubiese resucitado a todo el género humano<sup>9</sup>.

48. El hombre aparece así como el epítome de la humanidad, y la persona que infringe el derecho a la vida de otra persona infringe el derecho a la vida misma. Según la doctrina islámica, hay cinco elementos esenciales que deben protegerse y preservarse: en primer lugar la persona; en segundo lugar, el espíritu; en tercer lugar, la progenitura; en cuarto lugar, los bienes materiales; y en quinto lugar, la religión. Del examen atento de esos cinco elementos esenciales se puede discernir el verdadero

<sup>9</sup> *El Corán*, introducción, traducción y notas de Juan Vernet, Editorial Planeta S.A., Barcelona, 1983, azora V, versículo 32, pág. 112.

significado del crimen. El Corán estuvo precedido por el Antiguo y el Nuevo Testamento, donde se revelan los diez mandamientos en los tres libros sagrados.

49. Así pues, se plantea la cuestión de determinar cómo se ha de trazar la línea de demarcación entre los crímenes graves y los demás crímenes. Ciertos crímenes presentan un carácter de gravedad en todo momento mientras que otros no tienen el mismo carácter en todo momento ni en todo lugar. Los diversos criterios que se han propuesto (*ibid.*, párr. 21) —«barbarie, brutalidad o atrocidad», «tratamientos humillantes o degradantes», «ultrajes a la dignidad de la persona»— carecen de precisión. El que más se acerca parece ser el concepto de «violación de un derecho». Quizá el mejor criterio sería el criterio general de violación de los cinco elementos esenciales mencionados. En todo caso, ese es el criterio que el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed se propone aplicar al examinar los diversos tipos de crímenes.

50. El genocidio responde perfectamente a ese criterio. En su sentido literal, el término genocidio designa la destrucción de una raza, pero es difícil restringir el genocidio a su sentido literal o incluso a la destrucción de una raza, de un grupo o de una nación. Por su parte, el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed no comparte la opinión de aquellos que, como Vespasien Pella, estiman que la destrucción de un grupo político no es un acto de genocidio. Por el contrario, está de acuerdo con los miembros de la Comisión que estiman que, para que haya crimen de genocidio, es necesario que haya un conjunto de actos o un propósito sistemático dirigido contra un grupo. A falta de una definición más precisa del genocidio, es aceptable la definición que se da en la Convención de 1948 sobre la materia aunque no sea más que por razones prácticas. El Relator Especial tiene razón en proponer que se incluya el crimen de genocidio en el proyecto de código.

51. El *apartheid* podría figurar también en ese proyecto ya que constituye un ultraje no sólo a la conciencia de África sino también a la de todo el mundo. Además, aunque se limite a un solo país sus consecuencias afectan a otros, como lo han demostrado recientemente las incursiones dirigidas contra Zambia, Zimbabwe y Mozambique.

52. El Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed está plenamente de acuerdo con el Sr. Balanda (1960.ª sesión) sobre la cuestión del medio humano. La deforestación ha transformado en desierto una gran parte de África. En su país, el Sudán, una grave sequía está prevista para el año en curso. La eliminación de los desechos nucleares es también una amenaza para el medio humano. Cuando esa operación tiene lugar en el territorio de los países desarrollados, donde las medidas de seguridad están perfeccionadas, quizá no afecta a los demás países. Pero se presentaría una situación mucho más peligrosa, que podría afectar a todo el continente africano si se materializara un plan reciente encaminado a enterrar desechos nucleares en el desierto africano. Por ello, se justifica la presencia en el código de un artículo sobre la protección del medio humano.

53. Respecto a la cuestión de los crímenes de guerra, parece preferible mantener esos términos que son admi-

tidos en derecho internacional. Habría que ampliar, por supuesto, el concepto que expresan a fin de englobar a todos los conflictos armados. Desde el punto de vista de la redacción, es importante la distinción entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad aun cuando sean inevitables ciertas superposiciones. En vista de que la guerra es ilícita en la actualidad, los actos que se derivan de ella son también necesariamente ilícitos. Esos actos son de gravedad y de naturaleza variables. En lo que se refiere a su definición, lo mejor sería adoptar una fórmula general, con una lista no limitativa.

54. El terrorismo es un fenómeno peligroso de la época contemporánea, pero tratar de hacer una distinción entre sus diversas formas sería de utilidad dudosa: cualquiera que fuera esa distinción, tendría pocas posibilidades de ser aceptada unánimemente. Así pues, lo mejor sería condenar el terrorismo en todas sus formas, ya que un código penal internacional que no llevase disposiciones al respecto sería incompleto.

55. En lo que se refiere a las armas nucleares, el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed piensa también que es una cuestión delicada y que no es posible poner fin a la fabricación, almacenamiento o ensayo de las armas nucleares. No obstante, no ve la razón de no hacer un esfuerzo para prohibir el empleo de esas armas.

56. En lo que respecta a las «otras infracciones», el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed está de acuerdo con el Sr. Jagota (1962.ª sesión) en cuanto a lo esencial. El código penal del Sudán se inspira además en el código penal indio, a excepción de ciertas modificaciones necesarias para introducir en él las prescripciones islámicas; la terminología, idéntica en ambos códigos, podría ser útil en el plano internacional.

57. El Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed estima también que es deseable la presencia de «otras infracciones» en el proyecto de código. Los conceptos de *conspiracy* y de tentativa no le parecen plantear dificultades, pero tiene serias dudas en cuanto a la validez del concepto de pertenencia a un grupo. La pertenencia a un grupo no debe permitir que se acuse a un miembro del grupo, salvo si éste es también ilegal y si se juzga al miembro del grupo por ese solo cargo. El orador estima, como el Sr. Jagota, que infracciones tales como la tentativa y la *conspiracy* deben ser tratadas en distintas disposiciones y no deben figurar en la parte de carácter general del proyecto de código.

58. Por último, como ya se ha dicho, el código sería incompleto si no tuviera disposiciones sobre su aplicación. Ahora bien, la falta de disposiciones en ese sentido no dejaría sin valor la adopción del mismo. A ese respecto, se recordará que la Asamblea General, en su resolución 40/69 de 11 de diciembre de 1985, afirmó que la elaboración de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

podría contribuir a fortalecer la paz y la seguridad internacionales y, de ese modo, promover y llevar a la práctica los propósitos y principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas.

Evidentemente, los gobiernos representados en la Asamblea General desean que se redacte y acepte el proyecto de código. Por ello, sería paradójico que esos mismos gobiernos, una vez que se complete el código, en el

momento de firmar y ratificar la Convención en que quede inscrito formulen objeciones al mismo.

59. Como quiera que sea, la aprobación de un código internacional de los crímenes tendrá una utilidad práctica en diversos aspectos. Fortalecerá la paz internacional, como se afirma en la resolución 40/69, influirá en la doctrina de varias partes del mundo y permitirá en definitiva conciliar divergencias y encontrar una vía de entendimiento.

60. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ une sus felicitaciones a las que los oradores anteriores han dirigido ya al Relator Especial. El debate sobre las tres primeras partes del cuarto informe (A/CN.4/398), que toca a su fin, le lleva sin embargo a preguntarse si es imposible o demasiado difícil elaborar un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Pese al adagio que afirma que no hay nada nuevo bajo el sol, el debate ha hecho ver al Sr. Díaz González que hablar de genocidio, de *apartheid* y de colonialismo era dar prueba de romanticismo y entraba en el ámbito de la grandilocuencia. Por consiguiente, si, por una razón u otra, la Comisión no puede definir el genocidio o la agresión utilizando las definiciones existentes, tendrá que devolver el estudio a la Asamblea General indicándole que debe esperar a que el romanticismo ceda su lugar al realismo para continuar su labor. Sólo entonces podrá redactar el proyecto de artículos de que se trata.

61. Se ha dicho que la tarea de la Comisión no era ni política ni sociológica. Así pues, ¿nace el derecho en una probeta en su estado puro? ¿No es el derecho una creación del espíritu? ¿El derecho no evoluciona? El Sr. Díaz González se plantea esas preguntas porque todo lo que está regido por el derecho tiene en realidad un origen sociológico, incluso político. El hombre establece normas de derecho destinadas a regular su comportamiento, incluso el de los Estados. Por ejemplo, la institución del matrimonio vino a legalizar el acoplamiento sólo miles de años después de la aparición del hombre sobre la Tierra. En un principio se trataba de proteger la estabilidad de la familia, después los derechos de los hijos. Actualmente el matrimonio es una institución de derecho a la vez que una institución sociológica, biológica y fisiológica. A lo largo de los siglos, esta institución ha evolucionado; por otra parte, sigue modificándose. Quizá veremos incluso el día en que desaparecerá ese principio heredado de los romanos, *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. En efecto, en la época actual el matrimonio ya no se basa en la procreación, que se pone en tela de juicio mediante el aborto y la concepción *in vitro*, por ejemplo. A la luz de esas consideraciones, el Sr. Díaz González pone en guardia a los miembros de la Comisión contra el hecho de apearse demasiado a la idea de que no puede avanzar porque debe ocuparse de derecho y no de política.

62. ¿Por qué ha invitado la Asamblea General a la Comisión a que trate de redactar un código penal internacional? La Comisión ha tomado como base para su labor el proceso de Nuremberg. Ahora bien, ese proceso no tomó como punto de partida el derecho, sino la decisión de los vencedores de la segunda guerra mundial de castigar a los autores de atrocidades cometidas durante

el conflicto. En esa ocasión fue necesario violar el derecho en su principio *nulla poena sine lege*. Aunque fue violado el derecho, se hizo justicia, al menos desde el punto de vista de los aliados que salieron triunfadores de la segunda guerra mundial. La humanidad aplaudió su empresa, aunque muchos crímenes, como el colonialismo, no fueron condenados entonces. La Comisión se afana ahora a fin de que los crímenes de que se trata en el proyecto de código queden castigados no porque un Estado toma esa decisión, sino porque son contrarios al derecho.

63. Así pues, aunque se puso fin al terror nazi, la humanidad vive actualmente con el temor de un conflicto nuclear y se ve sometida al equilibrio del terror. El código que la Comisión debe elaborar tiene por objeto impedir que un Estado se arrogue la facultad de tener al mismo tiempo la función de acusador, de juez y de ejecutor basándose, para imputar un crimen a otro Estado, no en el derecho, sino en la fuerza o en el poder que tiene o que poseen sus aliados y sus protectores. Ahí es donde se encuentra la razón de ser de un código penal internacional. Además, todo esfuerzo de codificación tiene por fin no sólo establecer normas, sino también crear el órgano que está llamado a aplicarlas. Por ello, el Sr. Díaz González apoya la idea de que la Comisión prevea la creación de un tribunal internacional, de un aparato que pueda aplicar el código que la Comisión elabore. Aunque ese proceso pueda ser calificado de romántico, habrá que intentarlo.

64. El Sr. Díaz González, refiriéndose al texto español del cuarto informe, se felicita al observar que la palabra «crimen» ha sustituido definitivamente a la palabra «delito». Además, comparte la filosofía en que se basa el informe y aprueba la forma con que el Relator Especial aborda los problemas dando a conocer sus dudas y pidiendo a los Estados Miembros que le transmitan sus opiniones.

65. Respecto a los crímenes que el Relator Especial trata en su cuarto informe, el Sr. Díaz González se refiere a los llamamientos a la prudencia lanzados durante el debate sobre la definición que hay que dar al «genocidio». Aunque todos los miembros de la Comisión parecen estar de acuerdo respecto a los crímenes que hay que incluir en el código, buscan ahora pretextos para evitar mencionarlos. Tanto si la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio ha sido ratificada o no por un gran número de Estados, no por ello deja de tener una definición del genocidio, lo que no ha impedido a la Comisión dedicar una buena parte de su tiempo a preguntarse qué hay que entender por ese término. Una de las ventajas de los procesos de Nuremberg fue que no se debatió la cuestión y que se impuso una definición del genocidio. El Sr. Díaz González comprende los llamamientos a la prudencia que han hecho ciertos miembros de la Comisión, pero señala que no deben referirse sólo al proyecto de código sino a la labor de la Comisión en general. En el caso particular del proyecto de código, la Comisión debe dar prueba de gran precisión. El Sr. Díaz González está de acuerdo con los miembros de la Comisión que han defendido la idea de limitar el alcance del código y de no hacerlo extensivo a crímenes ya sancionados en derecho interno.

66. El proyecto de código se refiere con razón a los atentados graves contra el medio ambiente. Cuando un Estado bombardea un país para destruir sin discriminación alguna su flora y su fauna, comete un crimen contra la humanidad condenando al pueblo de ese país a morir de sed y de hambre.

67. En cuanto al terrorismo del Estado, el Sr. Díaz González declara que es totalmente justificado dedicar una disposición a ese crimen en el proyecto de código. Cuando se habla de terrorismo hay que buscar sus causas profundas. Se ha dicho que el terrorismo era el arma de los pobres. En realidad es también el medio supremo de que dispone un pueblo que lucha para liberarse o para acceder a la independencia, de ahí su vínculo con el colonialismo. Un pueblo sometido al colonialismo, sobre el cual la Potencia colonial ejerce un terrorismo de Estado, no tiene más recurso que la violencia. El Sr. Díaz González cita el ejemplo de los países de América Latina en el siglo XIX y del pueblo francés que recurrió a la Resistencia bajo la ocupación alemana y a quien los alemanes calificaron de terroristas subversivos. Asimismo, la población negra de Sudáfrica no tiene otra salida que la de recurrir a la violencia y al terrorismo. Además, muchos jefes de Estado y de gobierno se dedicaron en su época al terrorismo para obtener la independencia de su país. En el marco del proyecto de código, hay que circunscribir el terrorismo al terrorismo de Estado y al colonialismo. A quienes consideran que el colonialismo pertenece al pasado, el Sr. Díaz González señala que desgraciadamente no ha desaparecido de América Latina, ni incluso de Europa y de otros continentes donde quedan territorios ocupados y colonias. La Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales<sup>10</sup> consagra el principio de la libre determinación de los pueblos, pero ¿qué decir del caso de los territorios ocupados que no acceden a la independencia y que serán unidos a los territorios de los que fueron antes separados?

68. Todos esos crímenes están relacionados unos con otros. El colonialismo y los atentados contra el medio ambiente van unidos. En América, una Potencia colonial ocupa dos tercios de la superficie cultivable de un país insular para hacer de ella campos de tiro y terrenos de prácticas militares, con lo que comete un crimen contra la humanidad. El colonialismo debe figurar entre los crímenes condenados por el código, cualquiera que sea el nombre que la Comisión le dé, ya sea crimen de carácter colonial, dominación colonial u otro.

69. Se ha dicho que será difícil que el código incluya el *apartheid* porque no se sabe muy bien lo que abarca este término. El *apartheid* está constituido por una serie de hechos ya sancionados por el derecho interno, por lo que no se prestaría a una definición susceptible de ser incluida en el código. Para el Sr. Díaz González no hay duda de que el *apartheid* constituye un conjunto de crímenes, entre los más abominables que el hombre comete contra su prójimo y que debe ser condenado en el código.

<sup>10</sup> Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.

70. El Sr. Díaz González señala que el Sr. Boutros Ghali (1961.ª sesión) prefería referirse a lo que se hizo en otros continentes distintos de Europa para luchar contra los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Así pues, señala que ya en 1820, es decir muchos años antes de la fundación de la Cruz Roja por Henri Dunant, Bolívar, en representación de Colombia, y el General Morillo, en representación del Rey de España, firmaron un tratado por el que se regulaba y humanizaba la guerra. Se podría también remitir, al respecto, a las convenciones que se han elaborado y a los estudios que se han realizado en materia de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad bajo los auspicios o no de la OEA.

71. Para concluir, el Sr. Díaz González evoca la cuestión política de las armas nucleares a la vez que recuerda que originalmente todo es político y sociológico y que todo lo que el hombre trata de regular aparece en su medio y no en una probeta en estado puro. No cree que la Comisión pueda llegar a redactar un artículo conciso sobre lo que debe entenderse por prohibición de las armas nucleares. Opina también que no hay que hacer distinciones entre el Estado que recurre al primer uso de las armas nucleares y el que recurre a la respuesta. En todo caso el perdedor será la humanidad. La prohibición sigue siempre a la experiencia, como lo demuestra el caso de los gases tóxicos que se utilizaron durante la primera guerra mundial antes de que fuera objeto de convenciones que prohíben su empleo. Pero la Asamblea General no ha puesto trabas a la Comisión para que condene la utilización de las armas nucleares o al menos lo intente. La cuestión de la utilización de las armas nucleares no debe ser sólo de la incumbencia de los órganos políticos.

72. El Sr. KOROMA felicita al Relator Especial por las cualidades analíticas y empíricas de su cuarto informe (A/CN.4/398) y aunque reconoce la validez de las hipótesis en que se basa el proyecto de código no está de acuerdo en todos sus aspectos. Por ejemplo, no puede admitir la idea de imputar una cierta crueldad al progreso técnico en sí; asimismo, no situaría a la legítima defensa y al mantenimiento de la paz en la misma categoría de excepciones al uso de la fuerza.

73. La Comisión debería abstenerse de abordar las cuestiones políticamente demasiado controvertidas sobre las que no hay posibilidades de desarrollo progresivo o de codificación del derecho, por carecer de terreno de entendimiento. Para examinar esas cuestiones, es mejor esperar a que haya suficientes puntos de acuerdo que permitan su codificación.

74. Aunque al principio dudaba en tomar la palabra por esas razones, el Sr. Koroma para superar sus recelos, ha aplicado al tema que se examina el criterio de la pertinencia y de la utilidad y, a la luz del debate, ha llegado a una conclusión positiva sobre la utilidad del tema y sobre su pertinencia para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

75. La Comisión tiene como mandato desarrollar progresivamente y codificar los valores comunes a la sociedad internacional. Así pues, debe definir los comportamientos que son perjudiciales o nefastos para los intereses comunes de la humanidad en su conjunto. A ese

respecto, la comunidad internacional considera ilegal el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Sin embargo, en caso de conflicto armado las leyes y los usos de la guerra deben ser respetados. A ese respecto, el Sr. Koroma es partidario de que se mantenga el término «usos», cuya ausencia daría a entender que todas las leyes y usos de la guerra han sido codificados, lo que no es el caso.

76. El proyecto de código que la Comisión debe elaborar servirá para prohibir el uso de la fuerza y regular la conducta de los conflictos armados a fin de evitar los daños o las crueldades inútiles contra las personas directa o indirectamente implicadas en esos conflictos. Un código de ese tipo no tendrá solamente una utilidad preventiva: tendrá también una función en la educación de los espíritus. Por último, hará progresar el respeto de los derechos humanos en el mundo.

77. El Sr. Koroma, refiriéndose a las disposiciones del proyecto de código, aprueba la división tripartita en crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras infracciones. A su juicio, para ser calificado de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, un acto debe responder a ciertas condiciones. En primer lugar es necesario que el acto —o la omisión— sea de carácter grave o serio. En segundo lugar, es necesario que haya un elemento de masa salvo para ciertos tipos de crímenes donde la existencia de un comportamiento sistemático puede bastar, aunque también ahí sea necesario que haya una intención criminal (o al menos una acción que vaya en desprecio de la ley).

78. La fuente del derecho aplicable a esos crímenes se encuentra en las convenciones, en la costumbre, en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia. No obstante, el Sr. Koroma estima también que la Comisión no debe legislar mediante referencias y que será necesario especificar en el mismo código los actos que pueden ser incriminados.

79. En lo que se refiere a los crímenes contra la humanidad, es cierto que esos crímenes han pasado a entrar en una categoría autónoma, distinta de la de los crímenes de guerra y que pueden ser cometidos en tiempo de paz. Para que un acto o una omisión sea calificado de crimen contra la humanidad, es necesario que se reúnan ciertos elementos: intención de causar un daño o de infligir sufrimientos, actos de crueldad o sufrimientos que se han hecho padecer a seres humanos y atentado contra la dignidad humana. El Relator Especial tiene razón en proponer, para la definición de esos crímenes, una fórmula de carácter general, combinada con una lista no limitativa.

80. El genocidio, que debería ir el primero en la jerarquía de los crímenes contra la humanidad, es un crimen cuya naturaleza particular reside en la intención de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, racial, religioso o étnico. A falta de esa intención, los asesinatos masivos constituyen un homicidio punible en derecho interno. Si, por el contrario, esa intención está presente, el asesinato de un solo individuo puede ser un crimen de genocidio.

81. El *apartheid* debe constituir un crimen autónomo contra la humanidad. Con arreglo a la Convención per-

tinente de 1973, está definido por las políticas y prácticas de segregación y de discriminación raciales, tal como se practican en el África meridional con miras a instituir o a mantener la dominación de un grupo racial de seres humanos sobre cualquier otro grupo racial de seres humanos y oprimirlo sistemáticamente. Así pues, para que haya acto de *apartheid* es necesario que el acto haya tenido lugar en el contexto del África meridional y con los fines indicados. El *apartheid*, que la comunidad internacional ha declarado que constituye un crimen contra la humanidad y una violación de los principios del derecho internacional, es un crimen extremadamente grave.

82. La Convención de 1973, que ha hecho del *apartheid* un crimen, entró en vigor hace unos diez años, y unos 90 Estados la han ratificado o se han adherido a la misma, no sólo en África sino también en Europa, en Asia y en América Latina. Así pues, se puede decir que ha recibido la aprobación universal. Del artículo II de esa Convención se desprende claramente que el efecto de ésta está limitado al África meridional y los artículos III y IV demuestran que el objetivo perseguido no es el de acusar a cualquier ciudadano sudafricano sino solamente a los representantes del Estado sudafricano, particularmente los miembros del poder ejecutivo.

83. Cabe señalar que ciertos Estados, aunque no han ratificado la Convención de 1973 sobre el *apartheid* o los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, se encuentran no obstante a la vanguardia de la lucha contra el genocidio y del combate en favor de los derechos humanos. Así pues, la falta de esas ratificaciones no quiere decir nada contra la aceptación universal de esos importantes instrumentos. Por otra parte, las decisiones dictadas en varios asuntos por la CIJ confirman la idea de hacer del *apartheid* un crimen autónomo y un crimen contra la humanidad.

84. La esclavitud y la trata de esclavos son también crímenes que deben inscribirse entre los crímenes contra la humanidad. Esos actos están prohibidos por varias convenciones internacionales y dada su gravedad hay un consenso universal acerca de su carácter de ultraje a la humanidad.

85. En lo que se refiere a los crímenes de guerra, el Sr. Koroma estima que debe mantenerse esa expresión, quedando entendido que, como lo indica el Relator Especial (A/CN.4/398, párr. 76), la palabra «guerra» designa el aspecto material del crimen. Sobre la misma cuestión, se muestra partidario de la definición propuesta por el Sr. Jagota (1962.ª sesión, párr. 80), que tiene la doble ventaja de la simplicidad y de la claridad.

86. La cuestión de las armas nucleares se presta a controversia. En cuanto a los atentados contra el medio humano, la cuestión tiene relación con otros temas que la Comisión examina en la actualidad.

87. Por último, la cuestión de determinar qué es lo que debe mantenerse en el proyecto de artículos depende de qué será el código. Si no debe ser más que un instrumento normativo se pueden incluir otros crímenes. Pero si, por el contrario, la Comisión espera que los Estados adopten el proyecto de código, éste debe limitarse a

los puntos respecto a los cuales existe un consenso universal.

*Se levanta la sesión a las 13.15 horas.*

## 1964.ª SESIÓN

*Miércoles 11 de junio de 1986, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Julio BARBOZA

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

**Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación)** [A/CN.4/387<sup>2</sup>, A/CN.4/398<sup>3</sup>, A/CN.4/L.398, secc. B, ILC (XXXVIII)/Conf.Room Doc.4 y Corr.1 a 3]

[Tema 5 del programa]

### CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

PARTE IV (Principios generales) y

PARTE V (Proyecto de artículos)

1. El Jefe AKINJIDE señala que sus observaciones sobre el excelente cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/398) serán más bien sugerencias destinadas a mejorar el texto y a ofrecer al Relator Especial elementos de reflexión para su próximo informe.

2. De todos los temas que figuran en el programa de la Comisión, el que se examina es uno de los más importantes. Es también un tema muy delicado, ya que trata de cuestiones relacionadas con la existencia misma de la humanidad y despierta los malos recuerdos de la segunda guerra mundial. Por su parte, el Jefe Akinjide está de acuerdo en que es necesario elaborar un proyecto de código que, al obtener la mayor aprobación posible, vaya en favor de la paz y la armonía en el mundo entero.

<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), págs. 11 y 12, párr. 54] se reproduce en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 8, párr. 18.

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

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

3. La labor de la Comisión sobre el tema que se examina corre el riesgo de tener efectos sobre el equilibrio de las Potencias, así como sobre ciertos intereses económicos y sobre la rivalidad entre las ideologías, e incluso sobre la vanidad de los Estados. Además, es necesario hacer todo lo posible para llegar a un cierto equilibrio entre los diversos intereses contradictorios que se encuentran en juego.

4. El Jefe Akinjide cree, como el Sr. Balanda (1960.ª sesión), que sería necesario tener más en cuenta la experiencia adquirida en Africa y en Asia, así como la evolución del derecho en esos continentes. A ese respecto se podrían citar varios ejemplos, siendo el primero de ellos el de los procesos de los mercenarios de Angola, de hace algunos años, cuando varios mercenarios blancos fueron detenidos en ese país y acusados de crímenes contra la humanidad, de crímenes contra la paz y del crimen de mercenarismo. El Jefe Akinjide cree que esos procesos fueron los primeros de ese tipo después de los de Nuremberg y de Tokio, al final de la segunda guerra mundial.

5. Aunque el tribunal que juzgó a los mercenarios de Angola fue un tribunal nacional, no hay que subestimar las consecuencias internacionales del fallo dictado, ni el interés particular que esa decisión tiene en el actual debate. Cabe señalar además que esos mercenarios actuaban por cuenta de una Potencia extranjera —muy conocida— con lo que la cuestión pasaba a ser una cuestión de guerra por poder. Ahora bien, es sintomático que se autorizara a observadores internacionales a asistir al proceso. Algunos de los acusados fueron condenados a la pena de muerte y ejecutados pese a las protestas vehementes de sus países de origen; la mayoría de ellos eran ciudadanos de los países desarrollados. Otros fueron condenados a penas de prisión y otros, en fin fueron absueltos por falta de pruebas.

6. El Tribunal de Angola aplicó el derecho *ex post facto*. Ese problema, como se sabe, se planteó con motivo de los procesos de Nuremberg y de Tokio. En Tokio el juez indio emitió una opinión disidente, motivada en particular en el hecho de que el derecho aplicado por el Tribunal era un derecho *ex post facto* y por lo tanto no válido. Ya había habido divergencias de opinión sobre ese punto en el proceso de Nuremberg y muchos juristas eminentes, entre ellos el Sr. Reuter, habían escrito sobre el tema. Los jueces angoleños, al aplicar la ley *ex post facto*, invocaron los precedentes internacionales de los procesos de Nuremberg y de Tokio.

7. Por consiguiente, el Jefe Akinjide estima que no se puede olvidar un ejemplo de esa importancia en el estudio del tema que la Comisión tiene ante sí y recomienda vivamente al Relator Especial que consulte, en sus trabajos futuros, los documentos de esos procesos, que habrá que traducir del portugués. Sugiere también que la Comisión tenga en cuenta la experiencia adquirida en materia de mercenarismo por Benin. El estudio de los documentos de los procesos que se intentaron contra un mercenario en ese país sería de gran utilidad.

8. Durante el debate, el Sr. Jagota (1962.ª sesión) y el Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed (1963.ª sesión) han hablado, el primero del Código Penal de la India y el segundo del Código Penal del Sudán y en particular de las