

plos citados por el Relator Especial en su informe (*ibid.*, nota 120), se considera normalmente como una simple cuestión previa a la evaluación de la indemnización pecuniaria. Con todo, opina que el Relator Especial, en el proyecto de artículo 7, ha logrado en conjunto un justo equilibrio.

54. Finalmente, le habría gustado que en un documento de este género, en el que las notas a pie de página son a veces más instructivas que el texto mismo, las notas figuren realmente al pie de la página y no al final del documento.

55. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión por sus observaciones. Juzga preferible recapitular el debate y responder a las cuestiones planteadas en el marco de su próximo segundo informe, que versará, en particular, sobre las otras formas de reparación, sus modalidades y su correlación con la cesación y la *restitutio in integrum*. Es sin duda cierto que los jueces no siempre distinguen entre cesación y restitución, restitución y compensación, compensación y satisfacción, satisfacción y garantías contra la repetición de la violación. Todas esas formas de reparación aparecen mutuamente relacionadas en algún momento y, en su segundo informe, el Relator Especial analizará los fallos judiciales que ilustran ese estado de cosas.

56. El PRESIDENTE, en respuesta a una pregunta formulada por el Sr. AL-KHASAWNEH y el Sr. DÍAZ GONZÁLEZ, dice que, si se dispone de tiempo suficiente, los miembros de la Comisión que no hayan hecho todavía uso de la palabra sobre el tema podrán hacerlo antes del final del presente período de sesiones.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2106.ª SESIÓN

Martes 23 de mayo de 1989, a las 10 horas

Presidente: Sr. Bernhard GRAEFRATH

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (*continuación**) [A/CN.4/

* Reanudación de los trabajos de la 2102.ª sesión.

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

411², A/CN.4/419 y Add.1³, A/CN.4/L.431, secc. D, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 5 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

ARTÍCULO 13 (Crímenes de guerra)⁴ (*continuación*)

1. El PRESIDENTE dice que el Relator Especial ha preparado una lista indicativa de crímenes de guerra para su inclusión en el proyecto de artículo 13. La mayoría de los miembros de la Comisión que han hecho uso de la palabra en relación con este tema han expresado su preferencia por la segunda variante del artículo, y se ha señalado que la adición de una lista de crímenes contribuiría de manera importante a orientar la labor del Comité de Redacción.

2. Invita al Relator Especial a presentar el apartado *c* de la segunda variante del artículo 13 (A/CN.4/419 y Add.1), que dice:

c) Constituyen crímenes de guerra, en particular:

- i) los atentados graves contra las personas y los bienes y, en especial, el homicidio intencional, la tortura, la toma de rehenes, la deportación o el traslado de poblaciones civiles de un territorio ocupado, los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción o la apropiación de bienes no justificadas por las necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita o arbitraria;
- ii) el uso ilícito de medios y métodos de guerra y, en especial, de armas que, por su naturaleza, afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares, de armas de efectos incontrolados y de armas de destrucción en masa.

3. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que al elaborar la lista de crímenes en el apartado *c* ha tenido que optar entre varias posibilidades. Podía haber reproducido en su totalidad el artículo 85 del Protocolo I⁵ adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que contiene una lista de todas las «infracciones graves», como núcleo de un primer apartado en el que se enumeraran los actos contra las personas y los bienes protegidos. En ese caso se habría dedicado un segundo apartado al uso ilícito de armas. Sin embargo, dadas las reservas formuladas por algunos Estados, el Relator Especial no ha considerado oportuno reproducir el artículo 85 en su totalidad. Además, algunos Estados no han aceptado los Protocolos adicionales I y II. Por consiguiente, la lista propuesta deriva de varias fuentes, entre ellas el Protocolo adicional I, la Ley N.º 10 del Consejo de Control Aliado⁶, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg⁷, el proyecto de código de 1954 y las sugerencias formuladas por los miembros de la Comisión. La lista es meramente indicativa, y su función es la de un documento de trabajo. Como es natural, pueden añadirse o suprimirse crímenes.

4. En el inciso i) del apartado *c* se enumeran los atentados contra las personas o los bienes que gozan de protección con arreglo a las leyes de la guerra, aun en el caso de que

² Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

⁴ Para el texto, véase 2096.ª sesión, párr. 2.

⁵ Véase 2096.ª sesión, nota 11.

⁶ *Ibid.*, nota 9.

⁷ *Ibid.*, nota 7.

no estén mencionadas en el artículo 85 del Protocolo adicional I. Podría añadirse el calificativo «protegidos» a las palabras «las personas y los bienes», así como hacerse referencia al uso inadecuado de signos protectores.

5. En el inciso ii) del apartado *c* se hace referencia al uso ilícito de medios y métodos de guerra, noción tradicional ya utilizada en los Convenios de Ginebra y de La Haya. El Relator Especial no ha intentado incluir tipos concretos de armas, habida cuenta de la dificultad que plantea su definición. La Comisión tendrá que decidir si deben prohibirse expresamente algunas categorías de armas.

6. El Sr. BARBOZA señala que la lista del Relator Especial es básicamente la de su cuarto informe de 1986 (art. 13, segunda variante)⁸. La lista seguiría a los apartados *a* y *b* de la segunda variante actual y estaría precedida por «Constituyen, en particular, crímenes de guerra...». O sea, el texto del apartado *a* no cambiaría, y la palabra «graves» calificando las violaciones quedaría sin corchetes. El artículo tendría así una parte general y luego ejemplos concretos en una lista no exhaustiva. Habría por ende otras infracciones no pertenecientes a la lista que formarían parte del código, siempre que fueran «graves». La gravedad de esas infracciones, para merecer integrar el código, sería entonces apreciada por los jueces.

7. Al exponer en su séptimo informe (A/CN.4/419 y Add.1) las dos variantes del proyecto de artículo 13, el Relator Especial ha distinguido entre «infracciones» y «violaciones». Los crímenes en sí mismos son «infracciones», mientras que el término «violaciones» se utiliza para poner de relieve la diferencia entre la conducta exigida por la norma jurídica y la conducta que de hecho ha tenido lugar. El concepto de «gravedad» es igualmente diferente según se aplique a las «infracciones» o a las «violaciones»: una infracción como el homicidio es más grave que una infracción como el robo, porque es más importante proteger la vida humana que el patrimonio. Dentro de una misma infracción, hay violaciones que son más graves que otras, según la conducta real se aleje más de aquella requerida por la norma jurídica. Por ejemplo, si se comparan el homicidio común con el homicidio con circunstancias agravantes, o el robo de una gran suma de dinero con el robo de una suma pequeña. Cuando se habla de «gravedad» se quiere decir que sólo pertenecerán al código aquellos actos que por su trascendencia atentan contra la paz y la seguridad de la humanidad, porque tal es el objeto de su protección. Es fácil ver que la determinación de la gravedad de las violaciones es esencialmente una función judicial, mientras que la determinación de la gravedad de las infracciones es una función legislativa. Por consiguiente, sería mejor que en el artículo 13 se hiciera referencia no a las «violaciones», sino a las «infracciones». El apartado *a* podría entonces redactarse aproximadamente en la forma siguiente: «... son crímenes de guerra las siguientes infracciones de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados». Vendrían a continuación el actual apartado *b* y la lista de crímenes. La lista no debería ser indicativa, por lo que habría que omitir las palabras «en particular».

8. Se ha aducido que una definición general, seguida de ejemplos concretos, sería suficiente. Esa ha sido la fórmula utilizada para definir la agresión. No obstante, si un acto particular no figura en la lista, es fácil determinar si dicho

acto está comprendido en el ámbito de la definición general de la agresión. En contraste, la lista de crímenes de guerra propuesta no está precedida por definición general alguna, sino simplemente por una remisión a otros instrumentos internacionales o a la costumbre, que no dan una definición general de los crímenes de guerra, sino que establecen simplemente que ciertas conductas configuran específicos crímenes de guerra. Una definición de esa naturaleza no puede ser sustituida por una remisión a figuras penales específicas. Un tribunal que hubiera de determinar si una forma particular de conducta no comprendida en la lista es un crimen de guerra tendría que decidir por analogía con crímenes de parecida gravedad, lo que no es un enfoque admisible en un sistema liberal de derecho penal. Se ha dicho que el código debe ser elástico para abarcar todas las infracciones que puedan existir en el futuro. Los códigos penales nacionales, sin embargo, no definen todas las transgresiones posibles, ni pretenden abarcar las futuras a través de un razonamiento por analogía con las existentes, que está prohibido en el derecho penal. En cuanto a la «elasticidad» que se busca, no se pueden tener las ventajas de un código sin sus inconvenientes.

9. El orador estima que una lista exhaustiva no es necesariamente un problema insuperable. Después de todo, hay muy pocas probabilidades de que queden excluidas infracciones graves ya existentes, y las que se produjeran en el futuro estarían en gran medida reguladas por la costumbre —como ocurre actualmente— hasta el momento en que se acordara incluirlas en el código. La lista propuesta tiene un inconveniente que no se plantea en los Convenios de Ginebra de 1949: no especifica qué categorías de personas están protegidas. Puede, por ello, dar lugar a confusión, dado que la guerra se dirige inevitablemente contra personas y bienes, entendidos como objetivos militares. Los atentados graves contra las personas y los bienes y el homicidio intencional no pueden prohibirse a menos que se erradique la guerra misma. El Sr. Malek propuso una lista de crímenes de guerra en el 38.º período de sesiones, en 1986⁹; esa lista, en la que se hacía referencia a las personas protegidas, podría quizá utilizarse como base para la nueva.

10. El Sr. SHI dice que reconoce sin reservas que la elaboración de una lista exhaustiva de crímenes de guerra sería una tarea enormemente difícil, cuando no imposible. La lista propuesta por el Relator Especial en el apartado *c* es indicativa o ilustrativa, y fundamentalmente una versión levemente modificada de la que presentó en el cuarto informe en 1986.

11. En opinión del orador, los crímenes deberían exponerse en párrafos separados, por coherencia con el estilo de redacción utilizado para otras categorías de crímenes. En segundo lugar, el orador no está convencido de que la toma de rehenes en combate deba tipificarse como crimen de guerra. El artículo 6 *b* del estatuto del Tribunal de Nuremberg define como crimen de guerra el asesinato de rehenes, mas no la toma de rehenes. En tercer lugar, el concepto de «la deportación o el traslado de poblaciones civiles de un territorio ocupado» es demasiado impreciso. En el artículo 6 del estatuto de Nuremberg, el motivo de la deportación es un elemento importante del crimen. El traslado de poblaciones civiles para garantizar su seguridad durante las hostilidades no puede considerarse un crimen

⁸ *Ibid.*, nota 4.

⁹ *Anuario...* 1986, vol. I, pág. 101, 1958.ª sesión, párr. 6.

de guerra. Lo que prohíbe el estatuto de Nuremberg es la deportación para realizar trabajos en régimen de esclavitud o con propósitos análogos. Las palabras «la destrucción o la apropiación de bienes» deben, por su parte, sustituirse por las palabras «destrucción arbitraria» y «pillaje de bienes públicos o privados», en consonancia con el artículo 6 del estatuto de Nuremberg. Así se establece claramente que, según el presente código, lo que hace de la destrucción un crimen de guerra es su gravedad.

12. El inciso ii) del apartado c puede suprimirse. El uso ilícito de armas es una cuestión difícil de codificar. Además, está parcialmente regulado en convenios internacionales y será objeto de ulterior atención en las conferencias de desarme.

13. En opinión del orador, la lista de crímenes propuesta puede remitirse al Comité de Redacción.

14. El Sr. OGISO dice que comparte las dudas iniciales del Relator Especial sobre la inclusión de una lista de crímenes. Sigue opinando que una lista indicativa planteará necesariamente problemas. Por ejemplo, en el inciso ii) del apartado c se hace referencia al «uso ilícito de medios y métodos de guerra», lo que entraña determinar qué constituye «uso ilícito». Además, la referencia a los medios y métodos de guerra plantea la cuestión de las armas de destrucción en masa. Es evidente que la lista originará más dificultades de las que trata de resolver.

15. Sin embargo, en el caso de que se añada una lista a la definición de los crímenes de guerra en el proyecto de artículo 13, algunas cuestiones merecen un breve comentario. En primer lugar, en el inciso i) del apartado c no se hace referencia alguna a los atentados contra la población civil, lo que está previsto en el apartado a del párrafo 3 del artículo 85 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Aunque en el inciso i) del apartado c se hace referencia indirecta a la cuestión, es fundamental establecer expresamente la prohibición de atacar contra la población civil.

16. El mismo problema se plantea en el inciso ii) del apartado c en lo tocante al uso ilícito de armas de destrucción en masa. Se refiere a las armas que, «por su naturaleza, afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares»; sin embargo, un arma usada contra un objetivo militar puede también afectar a la población civil. Deben prohibirse expresamente las armas utilizadas para atacar y destruir ciudades enteras.

17. El orador señala que le ha llamado la atención la ausencia de toda referencia al maltrato o trato inhumano de los prisioneros de guerra. Es imprescindible introducir una referencia a esa transgresión, ya sea en el inciso i) del apartado c o en el inciso ii) del mismo párrafo, o quizá en un inciso independiente. El trato inhumano de los prisioneros de guerra, incluida la utilización de prisioneros de guerra para trabajos forzados, durante las hostilidades o después de ellas, debe, sin duda alguna, tipificarse como crimen de guerra.

18. Cabe preguntarse si la lista de crímenes ayudará a dar impulso a la labor sobre el tema objeto de debate. El Sr. Shi ha sugerido que se suprima el inciso ii) del apartado c, pero las disposiciones contenidas en dicho inciso son un elemento importante de los crímenes de guerra y constituyen un ejemplo de los progresos realizados desde el final de la segunda guerra mundial. Debe, por tanto, mantenerse, pese a lo cual el orador insta a la Comisión

ponderar prudentemente la inclusión de una lista detallada de crímenes de guerra.

19. El Sr. CALERO RODRIGUES agradece al Relator Especial que haya presentado una lista de crímenes de guerra atendiendo a los deseos de algunos miembros, pues dicha lista será útil no sólo para ellos, sino también para otros que, como el orador, no aprueban la idea de incluir una lista en el proyecto de artículo 13. Todos los miembros convienen, sin embargo, en que es prácticamente imposible elaborar una lista exhaustiva, en buena medida debido a los muchos instrumentos aplicables. Por ejemplo, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales a dichos Convenios regulan las infracciones graves que constituyen crímenes de guerra. La prohibición de algunas armas se deriva de un gran número de acuerdos internacionales, en algunos casos concertados hace más de un siglo. Evidentemente, podrían añadirse nuevos crímenes en consonancia con la evolución de la legislación internacional.

20. Todo ello conlleva una desventaja más de la lista de crímenes de guerra: ésta tendría el efecto de congelar el concepto de crimen de guerra en un momento particular de la historia, y habría que enmendarla cada vez que se declarara ilícito un nuevo acto. El Sr. Boutros-Ghali (2096.ª sesión) ha sugerido que la inclusión de una lista contribuiría de manera importante a movilizar la opinión pública mundial. Lo importante, sin embargo, es que una lista ilustrativa no tiene gran valor a efectos jurídicos, que son los que la Comisión debe tener fundamentalmente presentes. Las relaciones públicas son un asunto secundario.

21. Las dos variantes presentadas por el Relator Especial para el proyecto de artículo 13 sólo difieren en la forma; en la segunda se utiliza la expresión «conflicto armado» en lugar del término «guerra». El fondo de ambas disposiciones es idéntico. El adjetivo «grave» es aceptable porque corresponde a la distinción establecida en los Convenios de Ginebra entre infracciones comunes e «infracciones graves». El Sr. Barboza ha establecido, en su notable intervención, una distinción valiosa entre violaciones graves e infracciones graves.

22. Lo mejor sería que la Comisión se inspirara en los términos del artículo 147 del IV Convenio de Ginebra, importante disposición que ha citado en la 2099.ª sesión (párr. 48) y que ayudaría a la Comisión a resolver el problema que tiene actualmente ante sí. En los Convenios de Ginebra se establece una importante distinción entre infracciones graves y otras infracciones. Sobre esa base, en el artículo 147 del IV Convenio, así como en los artículos correspondientes de los demás convenios, se especifica que «las infracciones graves [...] son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes [...]». A continuación figura una lista exhaustiva de los actos de que se trata.

23. La lista de actos exhaustiva en el artículo 147 no es una lista de crímenes de guerra en sí, sino de actos que, relacionados con una conducta concreta, hacen de esa conducta una «infracción grave». Cabe señalar que en el artículo 147 se recurre con frecuencia al uso de términos como «intencional» e «ilegal». En el caso del homicidio intencional, se hace hincapié en el homicidio de una persona protegida, ya sea un prisionero o un civil, en tanto que violación de las leyes o usos de la guerra. Claramente, la expresión general «homicidio intencional» sólo es apli-

cable a la cuestión en la medida en que está calificada por las palabras «si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio».

24. El orador no se opone al mantenimiento o supresión del inciso ii) del apartado *c* de la lista propuesta por el Relator Especial, pero señala que se refiere al «uso ilícito» de determinados medios y métodos de guerra. Por consiguiente, la disposición engloba actos ya prohibidos por el derecho internacional existente. No se refiere al problema de la primera utilización de tales medios.

25. Como ha señalado acertadamente el Sr. Barboza, el proyecto de artículo 13 no contiene una verdadera definición de los crímenes de guerra, sino sólo una indicación. Naturalmente, sólo las violaciones graves pueden constituir crímenes de guerra.

26. El orador sugiere que el artículo 13 se ajuste al esquema siguiente: en primer lugar, el apartado *a* de la segunda variante propuesta por el Relator Especial; en segundo lugar, si se considera oportuno, un párrafo en consonancia con el apartado *b* de la segunda variante, aunque la disposición no es esencial, dado que expresa meramente un hecho de por sí evidente. Seguiría a esos párrafos un nuevo apartado *c* del siguiente tenor: «a los efectos del apartado *c supra*, son violaciones graves las que implican uno cualquiera de los actos siguientes...», seguido de la lista de actos del artículo 147 del IV Convenio de Ginebra. De esa forma se combinaría el enfoque propuesto por el Sr. Barboza con el sistema utilizado en los Convenios de Ginebra.

27. Es evidente que la Comisión tendrá dificultades para llegar a un acuerdo incluso sobre una lista indicativa. También se plantearán problemas terminológicos. Por ejemplo, la lista actualmente objeto de debate utiliza, en el texto inglés, la expresión «intentional homicide», que es, evidentemente, traducción del original francés «homicide intentionnel». Sin embargo, la expresión utilizada en el texto oficial inglés de los Convenios de Ginebra es «wilful killing». Ese tipo de diferencias no dejará de plantear dificultades.

28. El Sr. FRANCIS dice que le ha impresionado la intervención del Sr. Barboza, que ha demostrado la evidente necesidad de una lista, aunque sólo sea porque de otra forma el código no podría ser aplicado eficazmente por los tribunales nacionales. Si la aplicación del código correspondiera a un tribunal internacional, no haría falta una lista ilustrativa de crímenes de guerra. Los tribunales nacionales, por su parte, necesitan orientación, por estar poco familiarizados con el derecho internacional. El orador apoya también firmemente la petición del Sr. Barboza de que se formule una definición.

29. Propone, por último, que el tráfico de estupefacientes se tipifique como uno de los crímenes contra la humanidad que son objeto del proyecto de artículo 14. Esta cuestión ya fue planteada en 1985 por el Sr. Reuter, eminente autoridad en los instrumentos internacionales relativos al control de los narcóticos y la lucha contra el tráfico de estupefacientes.

30. El PRESIDENTE sugiere que la propuesta se formule al finalizar el actual debate.

31. El Sr. BARSEGOV dice que, evidentemente, no es nada fácil elaborar una lista precisa de crímenes de guerra, pese a lo cual dicha lista es absolutamente necesaria. Por

tanto, debe iniciarse la labor al respecto. El Relator Especial ha hecho una gran aportación a ella al presentar el apartado *c* del proyecto de artículo 13, que constituye una buena base para que la Comisión considere las cuestiones pertinentes, sobre las cuales, como ha demostrado el debate, habrá sin duda opiniones divergentes.

32. En lo tocante al propósito de la lista, se ha interpretado, en virtud de algunas de las declaraciones formuladas en el curso del debate, que dicha lista sólo tendrá valor como forma de influir en la opinión pública y que carece de significado jurídico. El orador no comparte esa opinión. La Comisión debe tener muy presente la función preventiva de las normas, que es uno de los fundamentos del derecho y la justicia.

33. Evidentemente, la lista propuesta por el Relator Especial puede mejorarse. El Comité de Redacción, a la luz de las deliberaciones de la Comisión, la modificará e introducirá adiciones. Llevado de ese espíritu constructivo, el orador desea hacer algunas observaciones.

34. En anteriores intervenciones, el orador ha manifestado su preferencia por una definición precisa con una lista lo más amplia posible de los actos que constituyen crímenes de guerra con arreglo al código. En su opinión, ese enfoque es requisito previo para el éxito y la eficacia del código. Probablemente, muchos miembros están de acuerdo con él. Las dificultades que la cuestión conlleva, y a las que el Relator Especial ha hecho referencia, se derivan de los complejos problemas políticos conexos. Cabe preguntarse, por tanto, qué medidas debe tomar la Comisión. Naturalmente, ésta podría hacer caso omiso de los citados problemas y abandonar la idea de elaborar una lista, o formular una lista que constituyera reflejo de las condiciones que imperaban a finales del siglo XIX y a principios del XX, cuando los principales problemas eran evitar que se utilizaran armas como las balas explosivas, que causaban sufrimientos innecesarios, y otras cuestiones análogas. El mundo actual tiene que hacer frente a problemas completamente distintos. Se han desarrollado nuevos métodos de guerra y se han creado armas de destrucción en masa. Concretamente, muchos juristas estiman que el uso de armas nucleares no es sólo un crimen de guerra, sino también una forma de genocidio. Con las armas de destrucción en masa actualmente disponibles, es posible acabar con la humanidad entera. En la literatura jurídica especializada han aparecido términos como «genocidio tecnológico» y «omnicidio». Con ayuda de la tecnología, esos crímenes pueden cometerse «de guante blanco».

35. La inclusión del uso de armas nucleares en la lista de crímenes ha figurado en el programa desde hace muchos años. La dificultad, sin embargo, es decidir si sólo debe tipificarse como crimen el primer uso, considerándose la respuesta como una manifestación de legítima defensa, o si debe prohibirse todo uso de armas nucleares. Los miembros de la Comisión están familiarizados con los argumentos a favor y en contra de esas posiciones, y el hecho es que la Comisión no ha zanjado la cuestión. El Relator Especial ha señalado que la palabra «primer» podría figurar entre corchetes, dejando así la cuestión abierta, pero ello, según el Relator Especial, prolongaría el debate indefinidamente e impediría la aprobación del código. Por consiguiente, el Relator Especial ha sugerido una fórmula más amplia que abarque todas las armas de destrucción en masa que afectan sin distinción a los objetivos militares y los objetivos no militares. Se trata de un enfoque diplo-

mático al que es difícil objetar, pues permitiría salir del punto muerto y progresar en el trabajo. Su inconveniente es que le falta concreción y podría originar controversias sobre lo que constituye «uso ilícito» de las armas citadas. Muchos considerarán que la utilización de un arma como represalia no es ilícita. Sin embargo, entonces habría que determinar si el primer uso era lícito, lo que entrañaría volver a la cuestión inicial.

36. Lo más importante no son las posibles diferencias *post facto*, como por ejemplo una vez que se ha utilizado un arma nuclear, sino el hecho de que al no tipificarse el uso de dichas armas como acto ilícito con arreglo al código, la función preventiva de éste se debilitaría. Sin duda, el Relator Especial habría preferido una redacción más específica que sirviera para evitar los crímenes objeto de debate, pero ha adoptado un criterio realista, teniendo en cuenta los resultados de muchos años de deliberaciones sobre la cuestión.

37. Sin embargo, los tiempos han cambiado, y las nuevas formas de pensar calan cada vez más hondo en esferas de las relaciones internacionales donde antes no parecía haber perspectivas de mejora. Anteriormente, al abordar estas cuestiones, los Estados, y también los tratadistas y los especialistas en derecho, trabajaban sobre un trasfondo de sospechas y desconfianza; actualmente, la confianza está sustituyendo, cada vez más marcadamente, a la sospecha y la desconfianza. Hoy en día ninguna persona sensata consideraría razonable el uso de armas nucleares. Es necesario abordar la cuestión desde esa perspectiva y adoptar el punto de vista más amplio posible.

38. En el caso de que algunos miembros estimen que la fórmula del «primer uso» es un obstáculo para proscribir el uso de armas nucleares y tipificarlo como transgresión punible con arreglo al código, el orador, en consonancia con el espíritu de creciente confianza, sugiere que se incluya en la lista el uso de armas nucleares sin restringirlo a la noción del primer uso. De esa forma, la Comisión estaría tomando medidas prácticas en interés de la humanidad y del fortalecimiento de la paz y la seguridad. El orador no olvida que existen cuestiones de importancia política que no pueden ser resueltas definitivamente por la Comisión, y que hay que tener en cuenta los resultados de las negociaciones sobre desarme. Sin embargo, opina que, tanto en esa esfera como en otras de la labor de la Comisión, nada impide que los miembros propongan innovaciones, siempre que éstas tengan por objeto fortalecer el derecho, el orden jurídico y la paz.

39. Además de esos puntos, el orador desea plantear también algunas cuestiones relativas a la aplicabilidad de normas restrictivas o prohibitivas a los movimientos anti-coloniales y de liberación nacional. La humanización de las leyes de la guerra no debe ser privilegio exclusivo de las guerras entre Estados. Es inaceptable restringir la aplicación del código a los territorios ocupados, excluyendo toda referencia, por ejemplo, a la naturaleza criminal del trato inhumano de civiles, su deportación o la destrucción de sus bienes en territorios donde viven pueblos sometidos a dominación colonial u otras formas de dominación extranjera.

40. El orador conviene en que el texto propuesto por el Relator Especial debe remitirse al Comité de Redacción, junto con las observaciones formuladas durante el debate.

41. El Sr. McCAFFREY dice que la cuestión objeto de debate ha de analizarse a la luz del método que se adopte

para la aplicación del código. Si se prevé que el código sea aplicado por un tribunal penal internacional, una definición general no plantearía dificultad alguna, pues dicho tribunal tendría experiencia suficiente para aplicarla, y sus decisiones serían coherentes. Sin embargo, no es probable que las decisiones de los tribunales nacionales, que pueden no estar familiarizados con el derecho internacional y, en particular, con las leyes y usos de la guerra, sean lo bastante coherentes para el desarrollo de una base jurídica que permita la interpretación y aplicación uniformes del código.

42. Se ha dicho que el código será aplicado e interpretado más frecuentemente por tribunales nacionales que por un tribunal penal internacional. Esto, de ser cierto, constituye motivo de grave preocupación, por las razones ya aducidas en el pasado. Sin un tribunal concreto al que los Estados partes puedan conferir autoridad para tomar decisiones relativas a cualquier violación de las disposiciones del código no será posible conocer con seguridad la forma en que dichas disposiciones, incluidas las relativas a los crímenes de guerra, se interpretarán y aplicarán.

43. En opinión del orador, intentar elaborar una lista de crímenes de guerra es como abrir la caja de Pandora. Se trata de una esfera muy especializada en la que es obligado contar con el asesoramiento de expertos en las prácticas bélicas actuales. Para elaborar una lista indicativa, la Comisión tendrá que hacer frente a dos problemas; el primero es la medida en que dicha lista se desvíe de los Convenios de Ginebra de 1949, que son los más universalmente aceptados de todos los instrumentos internacionales. Desviarse de ellos podría proyectar dudas sobre su validez, y es altamente improbable que la Comisión tenga intención de hacer tal cosa. El otro problema es que, de decidir la Comisión elaborar una lista innovadora, en lugar de remitirse meramente a los Convenios, habrá que dedicar tiempo y recursos considerables a actualizar éstos a la luz de las técnicas modernas de guerra.

44. Por consiguiente, el orador, como el Sr. Ogiso y otros miembros, no es partidario de que se intente elaborar una lista. Reconoce que su posición es algo ambigua, pues también cree que de no existir una lista, y siempre que la aplicación sea competencia de los tribunales nacionales, podría crearse una situación peligrosa. No obstante, si se elabora una lista, ésta jamás podrá ser exhaustiva; la Comisión no tiene los recursos necesarios, e incluso si los tuviera, lo probable es que la lista resultara anticuada cuando el código entrara en vigor.

45. El texto propuesto para el apartado c pone de manifiesto las dificultades que conlleva la compilación de una lista de crímenes de guerra. Se ha sugerido, por ejemplo, que se inserte la palabra «protegidas» tras la palabra «personas». Si con ello se hace referencia a la protección derivada de las normas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados, probablemente sería necesario decirlo expresamente. Otra posibilidad sería definir los términos «persona protegida» y «bienes». Como también se ha señalado acertadamente, la expresión «intentional homicide», en el texto inglés, ha sido objeto de varios cambios en sus diversas traducciones. La frase «la deportación o el traslado de poblaciones civiles de un territorio ocupado» del inciso i) debe examinarse con cuidado, sin olvidar que ese crimen concreto está limitado en varias formas por las disposiciones de los Convenios de Gine-

bra, y que debe hacerse alguna referencia al motivo de la deportación. La expresión «tratos inhumanos», por su parte, puede dar lugar a diferentes interpretaciones. Por último, el significado preciso de la expresión «apropiación de bienes» plantea muchos problemas; el orador estima que la Comisión debería haber centrado su atención no tanto en la apropiación como en la destrucción de bienes.

46. También plantea dificultades el hecho de que la lista vaya más allá que los Convenios de Ginebra. De hecho, el código mismo no reproduce los términos de los Convenios, sino que trata de determinar violaciones de los Convenios que podrían amenazar y poner en peligro la paz y la seguridad de la humanidad. El orador estima que la cuestión del primer uso de armas nucleares es intrínsecamente política, por lo que en la práctica será inútil abordarla. Por el contrario, merece atención, y un análisis más detenido, la sugerencia de que la Comisión trate de determinar infracciones graves en el contexto de los Convenios de Ginebra.

47. Por todas esas razones, el orador duda mucho de que convenga remitir la lista al Comité de Redacción. Es partidario de una definición más general, para lo que podría buscarse inspiración en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos, sobre responsabilidad de los Estados¹⁰. Una definición de esa naturaleza podría quizá vincularse a los Convenios de Ginebra, con objeto de orientar de alguna manera a los tribunales nacionales que tengan que aplicar el código. En principio, el orador sugeriría, a reserva de su ulterior consideración, un texto como el siguiente: «Para los efectos del presente código, se entiende por crimen de guerra toda infracción grave y en gran escala de las leyes y usos de la guerra»; quizá debería seguir a ese texto una definición, en consonancia con la propuesta por el Sr. Calero Rodrigues (párr. 26 *supra*), de lo que constituye una infracción grave.

48. El Sr. KOROMA agradece al Relator Especial su rápida respuesta a la solicitud de la Comisión de que se elabore una lista, aunque sea indicativa, de crímenes de guerra. La complejidad del problema es proporcional a su importancia, que es tan grande como la del proyecto de código en su conjunto. Conviene con el Sr. McCaffrey en que se necesitarán tiempo y asesoramiento especializado para cumplir la labor satisfactoriamente, en especial dado el desarrollo reciente de la tecnología del armamento.

49. En comparación con la lista de crímenes establecida en los Principios de Nuremberg¹¹, por ejemplo, la lista que la Comisión tiene ante sí es ciertamente breve. Habida cuenta del enfoque riguroso que se espera de la Comisión, no deben escatimarse esfuerzos para buscar el mayor número posible de fuentes pertinentes, además, naturalmente, de los Convenios de Ginebra de 1949, con objeto de presentar a la comunidad internacional una lista, si no exhaustiva, al menos muy bien fundamentada.

50. No debe olvidarse que los crímenes de guerra de que se trata pueden ser cometidos tanto por soldados sobre el terreno como por civiles, y que en lo tocante a la labor sobre el proyecto de código la Comisión ha decidido circunscribir su atención a la responsabilidad penal del individuo y excluir la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados. Desde el punto de vista formal, quizá sea

preferible sustituir en la cláusula preliminar del apartado c las palabras «en particular» por las palabras «entre otras cosas», porque el texto actual puede muy bien dar la impresión de que los crímenes enumerados son los tipos más graves de crímenes de guerra, lo que no es el objetivo del proyecto.

51. La cuestión de la gravedad, aunque se ha examinado detenidamente, sigue siendo de importancia crucial, habida cuenta de la posibilidad de que un tribunal nacional o internacional incoe un procedimiento penal por crímenes de guerra. Introducir el criterio de la gravedad entrañaría quizá introducir un elemento de subjetividad: por ejemplo, un Estado estaría en posición de decidir por sí mismo si un crimen dado era lo suficientemente grave como para justificar un procesamiento. El orador sigue creyendo que cualquier individuo, militar o civil, que cometa un acto contrario a las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados debe ser sancionable como criminal de guerra. Ese postulado excluye el criterio de la gravedad. El Sr. Barboza ha dicho que la gravedad se refiere no al acto mismo, sino a la desviación de la norma de derecho internacional. No obstante, el orador estima que el acto mismo constituye la desviación que viola el derecho internacional, por lo que considera excesivamente sutil la distinción entre el acto y la desviación. Después de todo, en el derecho penal, por ejemplo, un robo siempre es un robo, cualquiera que sea la escala de la transgresión, y el infractor es sancionable con arreglo a ese criterio. El enfoque más satisfactorio quizá sea, como ha sugerido el Sr. Calero Rodrigues (párr. 26 *supra*), dar una definición general y especificar los actos considerados crímenes de guerra en el código. La definición misma, sin embargo, no debe establecer que una violación ha de ser «grave» para tipificarse como crimen de guerra.

52. El inciso i) del apartado c, en el texto inglés, se refiere al «intentional homicide», término no muy feliz que debería sustituirse por «wilful killing». No es necesario, sin embargo, dedicar mucho tiempo a esa cuestión, que es un problema de redacción, como también lo es la útil sugerencia ya formulada de que cada acto sea objeto de un párrafo independiente.

53. El orador no es partidario de abordar la cuestión del primer uso de las armas nucleares, que considera muy polémica. Aunque en la comunidad internacional hay una importante corriente de opinión que sostiene que el primer uso de armas nucleares sería el más grave de los crímenes, la Comisión no es el foro más adecuado para examinar esas cuestiones. No obstante, en opinión del orador, el inciso ii) del apartado c abarca con carácter general el uso de las armas prohibidas en virtud de varios instrumentos internacionales pertinentes. Debe entenderse que se refiere, entre otras cosas, a proyectiles prohibidos, como los que contienen gases asfixiantes, a las armas bacteriológicas y al bombardeo de ciudades y pueblos no defendidos.

54. Por último, el orador se pregunta si la Comisión no debería ampliar el alcance del inciso i) del apartado c de forma que englobe experimentos que no son de naturaleza estrictamente biológica. Para hacerlo, sin embargo, tendría que solicitar ayuda técnica de especialistas externos.

55. El Sr. BEESLEY agradece al Relator Especial que haya tenido en cuenta puntos de vista que no necesariamente comparte. La Comisión debería adoptar un enfoque análogo para tratar un tema de tan gran importancia como

¹⁰ Véase 2096.ª sesión, nota 19.

¹¹ *Ibid.*, nota 14.

el que actualmente se debate, y en particular para remitir textos al Comité de Redacción

56 Al presentar textos a la consideración de la Sexta Comisión de la Asamblea General o para su estudio por la comunidad internacional de Estados quizá sea mejor ofrecer algunas opciones, pues siempre se corre el peligro de desviarse de la función legislativa a la función cuasi judicial. En anteriores trabajos en la esfera de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, como los que condujeron a la Definición de la agresión de 1974¹² o la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas¹³, quedó claramente trazado cuál era el órgano de las Naciones Unidas para la función legislativa y cuál era el órgano de las Naciones Unidas para la función cuasi judicial o judicial. No es ése el caso del proyecto del código, por lo que la Comisión tiene que tener constantemente presente qué tribunal habra de aplicarlo.

57 Aunque puede aducirse que es muy peligroso dejar la aplicación de una lista de crímenes no exhaustiva al arbitrio de los tribunales nacionales, igualmente peligroso es presentar a los tribunales nacionales una definición demasiado general o genérica de los crímenes de guerra. La complejidad y amplitud de la gama de las cuestiones planteadas —como la intención dolosa, la presunción de inocencia y la extradición— son tales, que la labor de la Comisión sería estéril si no se recibiera alguna orientación de la comunidad internacional. No debería corresponder a la Comisión decidir la forma en que debe aplicarse el código.

58 Al mismo tiempo, se está más cerca de lograr un consenso sobre el alcance del proyecto de código. Se ha acordado que regula las relaciones entre Estados e individuos y no entre los Estados mismos, y que su función principal, como ha señalado el Sr. Barsegov, es de carácter preventivo.

59 En lo tocante a la cuestión de la gravedad, el orador opina que la misma inclusión de un crimen en el proyecto de código entraña que dicho crimen es lo bastante grave como para justificar un procesamiento. Se trata, sin embargo, de una cuestión de carácter más judicial que legislativo. En ese sentido, está de acuerdo con lo señalado por el Sr. Barboza y el Sr. Calero Rodríguez, especialmente en lo relativo a la importancia de los Convenios de Ginebra de 1949 en general, y del artículo 147 del IV Convenio en particular, como criterios orientadores para la solución de los problemas planteados por el criterio de la gravedad.

60 Aunque las dificultades propias de una lista de crímenes indicativa se ponen claramente de manifiesto en la propuesta por el Relator Especial en el apartado c, lo único verdaderamente importante es determinar si se ha omitido algún crimen especialmente grave. El uso de armas químicas podría haberse mencionado expresamente, pero no parece que tenga mucho sentido prolongar el debate una vez alcanzado un acuerdo sobre el principio básico de una lista no exhaustiva.

61 La Comisión está avanzando en su labor, pese a las dificultades que afronta y a la necesidad de contar con asesoramiento especializado. Quizás sea prematuro remitir el texto propuesto al Comité de Redacción si se debe incluir una lista, pero el orador no se opone a ello y espera que haya tiempo suficiente para evaluar los resultados antes de someter las propuestas de la CDI a la consideración de la Sexta Comisión.

62 El Sr. YANKOV dice que desea sumarse a las expresiones de gratitud al Relator Especial por la lista que ha presentado en el apartado c. En su opinión, la Comisión tiene ahora que decidir si una lista complementada por una definición general es viable, y, de serlo, determinar la forma en que han de combinarse los elementos generales y específicos.

63 La definición debería contener más elementos constitutivos. Las violaciones graves concretas no deberían considerarse ejemplos de actos criminales, sino componentes esenciales de la noción jurídica del crimen de guerra como violación de las normas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados. Ese enfoque quizá parezca poco realista, pero el orador lo considera sólido, tanto por su analogía con el derecho penal local como debido al hecho de que todo tribunal debe disponer de normas básicas que se remitan no sólo a una lista indicativa, sino también a una definición jurídica del crimen de guerra consagrada en el código mismo. Para establecer esa definición vale la pena estudiar cuidadosamente las fuentes derivadas de los Principios de Nuremberg¹⁴ y los Convenios de Ginebra de 1949, cuya validez perdura.

64 Quizá convenga incorporar una cláusula de salvaguardia en la que se establezca que cualquier otra violación grave de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados debe considerarse englobada en la definición, sin embargo, la definición misma debe contener todos los elementos esenciales del concepto jurídico del crimen de guerra.

65 La lista propuesta por el Relator Especial es una base útil para el debate, pero ha de ser objeto de estudio más detenido. En particular, la referencia a las personas protegidas debe incluir expresamente tanto a los combatientes como a los no combatientes. También deben incluirse la deportación y la destrucción de ciudades y pueblos no defendidos, en consonancia con el estatuto del Tribunal de Nuremberg, así como una referencia a los medios y métodos de guerra prohibidos. Aunque al parecer hay diferencias de opinión en lo tocante a las armas de destrucción en masa, el orador estima que el concepto jurídico y moral moderno de las armas de destrucción en masa debe reflejarse expresamente en el texto mediante una referencia a las «armas nucleares y otras armas de destrucción en masa». La cuestión tiene consecuencias políticas, pero el orador cree que la inclusión expresa de las armas nucleares es importante tanto por ser realista como por cumplir una función preventiva.

66 Por último, el orador estima que el texto propuesto por el Relator Especial, junto con las sugerencias formuladas en el curso del debate, deben remitirse al Comité de Redacción para su consideración.

Se levanta la sesión a las 13 05 horas

¹² Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1974, anexo.

¹³ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

¹⁴ Véase 2096.ª sesión, nota 14.