

45. La noción de conspiración figura en todos los códigos nacionales, excepto en lo que respecta al delito de conspiración contra el Estado, y el orador abriga serias dudas sobre si puede decirse que ha pasado a ser parte de la teoría general del derecho internacional.

46. Luego de estas observaciones generales, pasa a formular algunas de carácter específico. El Relator Especial, al explicar por qué ha decidido tratar la noción de complicidad en la parte relativa a los crímenes en sí, afirma que «no cabe duda de que en principio el cómplice incurre en la misma responsabilidad penal que el autor principal» (*ibid.*, párr. 6). Esta observación es aceptable si significa que el autor principal y el cómplice deben ser castigados. Sin embargo, por su parte, expresa cierta reserva sobre la posible implicación de que ambos deban incurrir en la misma responsabilidad penal en el caso de cada crimen definido en los proyectos de artículos. La medida en que debería castigarse la complicidad varía según los crímenes. En efecto, en algunos casos la complicidad podría no ser punible en absoluto; por ejemplo, el principal autor de un acto de agresión comete un acto punible, pero los miembros de baja graduación de las fuerzas armadas que participan en la agresión no deberían ser castigados sobre la base de complicidad presunta.

47. En cuanto a la conspiración, el Relator Especial presenta dos variantes para el párrafo 2 del proyecto del artículo 16, y explica que la primera se basa en la idea de la responsabilidad penal colectiva y la segunda en la idea de la responsabilidad penal individual. De hecho, el Relator Especial parece ser partidario de la responsabilidad colectiva, ya que afirma:

En la actualidad, hay una creciente necesidad de hacer frente a la escalada de la criminalidad colectiva y a los nuevos problemas que plantea [...] el derecho responde con un nuevo concepto de responsabilidad penal que toma, en esos casos, una forma colectiva, ya que es cada vez más difícil determinar el rol desempeñado por cada uno de los participantes en un crimen colectivo. (*Ibid.*, párrs. 54 y 55.)

A ese respecto, desea recalcar lo que dijo en el 38.^o período de sesiones de la Comisión, en 1986, a saber: que la responsabilidad individual en lo posible debería tratarse como un principio general en el caso de los crímenes de guerra. El concepto de conspiración, si la Comisión decide incluirlo en el proyecto de código, debería aplicarse solamente a los crímenes contra la paz, así como al genocidio, según ya se prevé en el artículo III *b* de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948.

48. En términos generales, está de acuerdo con la definición de tentativa propuesta por el Relator Especial como «todo comienzo de ejecución de un crimen que no habría dejado de producir efectos ni habría quedado suspendido sino en razón de circunstancias independientes de la voluntad del autor» (*ibid.*, párr. 65). Sin embargo, como señaló en el 38.^o período de sesiones, la mera preparación, no seguida de ejecución, no debería considerarse como un acto criminal. La actual definición del Relator Especial de la tentativa, que se refiere a «comienzo de ejecución», contribuiría a trazar claramente la línea divisoria entre la tentativa y la preparación.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

2153.^a SESIÓN

Martes 8 de mayo de 1990, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Jiuyong SHI

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Graefrath, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) (A/CN.419 y Add.1², A/CN.4/429 y Add.1 a 4³, A/CN.4/430 y Add.1⁴, A/CN.4/L.443, secc. B)

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

ARTÍCULOS 15, 16, 17, X E Y⁵ y
ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
(continuación)

1. El Sr. BEESLEY desea referirse en esta etapa a algunas cuestiones de principio y de fondo.
2. Respecto a los principios relacionados con el tema que se examina, evidentemente es difícil que un relator especial, cualquiera que sea y por grandes que sean sus cualidades y dedicación al trabajo, logre conciliar en un texto los diferentes sistemas jurídicos vigentes en el mundo. Por ello, el Sr. Beesley considera que la Comisión debería estudiar la posibilidad de pedir el asesoramiento técnico de especialistas en derecho penal internacional.
3. En cuanto al fondo, los debates han puesto de manifiesto que para adelantar sus trabajos la Comisión debe evitar todo dogmatismo. Partiendo de los sistemas penales nacionales, la Comisión debe esforzarse por encontrar el medio que permita a una jurisdicción que se cree o a una jurisdicción existente a aplicar el futuro código de una manera armoniosa, sin que las diferencias en materia de legislación y procedimiento se opongan al principio fundamental de la justicia. A estos efectos, la Comisión debe actuar con un criterio de avanzada, sin ideas preconcebidas. La Comisión al parecer está dispuesta a ello.
4. En vista de la evolución del derecho penal nacional y del internacional, si éste existe, el Sr. Beesley considera

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

² Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte).

⁴ *Ibid.*

⁵ Para el texto, véase 2150.^a sesión, párr. 14.

conveniente que se analicen los fundamentos y resultados de esa evolución. El hecho de que un acto determinado sea un crimen en algunas jurisdicciones nacionales y en otras no, o que lo sea posteriormente en una jurisdicción en la que no había sido antes, sugiere que su consiguiente tipificación como infracción refleja principios de orden público. Algunas jurisdicciones, por ejemplo, penalizan el acto de complicidad o el de la conspiración o ambos. Esos actos no tienen *actus reus, per se*, y se les atribuye a menudo el *actus reus* de la infracción subyacente. Por tanto, pueden tipificarse como delitos cuando se justifique la disuasión por razones de orden público. Ese parece ser el caso del delito de la conspiración en el Canadá. En otros casos, la penalización de la complicidad o la conspiración puede ser únicamente un medio para tratar eficazmente el delito subyacente.

5. Quizás se pueda decir también que la evolución del derecho penal internacional se basa en los conceptos que emergen del orden público internacional. Así, el proyecto de código de 1954 y los Principios de Nuremberg⁶ deben considerarse como valiosos precedentes, pero la Comisión debería sentirse libre para reexaminar tales precedentes y la serie de otras cuestiones en estudio del presente tema. Esto debería hacerse con el propósito no sólo de la codificación sino que también del desarrollo progresivo del derecho penal internacional a fin de contribuir al sistema de la paz y la seguridad internacionales de la Carta, objetivo fundamental de la Comisión en el tema. Sería conveniente aplicar esa prueba a cada crimen previsto en el proyecto de código y también a las instituciones y modalidades necesarias para el cumplimiento. En lo que respecta a esta última cuestión, el Sr. Beesley sigue convencido de que cualquiera jurisdicción nacional tendría dificultades en la aplicación del código a menos que se incorporen a ella representantes de otros sistemas jurídicos, lo que permitiría llegar paulatinamente a normas comunes, armonizando las diferencias entre los sistemas jurídicos.

6. Para mostrar la complejidad de las cuestiones que se examinan, el Sr. Beesley se refiere a algunas secciones del Código Penal del Canadá, que por lo demás se mencionan en parte en el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/430 y Add.1).

7. Así, el párrafo 1 de la sección 21, sobre los participantes en los delitos, declara que toma parte en un delito toda persona que ayuda o alienta a otra a que lo ejecute. Se puede argüir que de esta manera puede crearse algo parecido a una ficción jurídica, puesto que se atribuye al acusado un acto que no ha cometido él mismo. Igualmente, el párrafo 2 de la sección 21 dispone que una vez que una intención criminal común se ha formado entre individuos, cada uno tiene parte en cualquier infracción relacionada con el delito cometido por uno de ellos. La sección 22 dispone que la persona que aconseja a otra a cometer un delito participa en el delito, mientras que la sección 422 dispone que si no se ejecuta el delito la persona que había aconsejado su ejecución es culpable a ese título. Por último, el artículo 23 se refiere a los cómplices que intervienen con posterioridad a la ejecución del hecho.

8. Evidentemente, sería presuntuoso examinar detalladamente como un posible modelo el Código Penal cana-

diense. No obstante, convendría estudiar cómo ese Código podría, junto con otras fuentes, ayudar a la Comisión a conciliar los principios de sistemas jurídicos diferentes desarrollando un sistema concertado sustantivo y de procedimiento de jurisprudencia penal internacional.

9. El Relator Especial ha planteado varios problemas, aunque no siempre ha propuesto soluciones. Esto parece prudente, pues todavía no se encuentra el medio que dé cabida a los diferentes sistemas jurídicos vigentes. Por ello, la Comisión no sólo debe esforzarse por adoptar lo mejor de esos sistemas, sino determinar también las posibilidades de entendimiento y, en su defecto, no eludir una innovación audaz. Esta no es sólo la labor del Comité de Redacción, sino también la de la Comisión en pleno.

10. El Sr. Beesley se reserva el derecho de tratar más adelante una cuestión conexa y de igual importancia, cual es la posible creación de un tribunal penal internacional, con la que en principio está de acuerdo.

11. El Sr. AL-BAHARNA desea formular algunas observaciones generales sobre el método y el enfoque adoptados por el Relator Especial en su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1) antes de proceder a un análisis de los proyectos de artículos presentados.

12. En lo que respecta al método, el Sr. Al-Baharna está de acuerdo con el Relator Especial en que la «complicidad», en cuanto crimen, debe figurar en la parte del proyecto de código relativa a la definición de las infracciones y no en la parte relativa a los principios generales, porque la responsabilidad penal del cómplice es igual a la del autor principal. Lo mismo cabe decir respecto de la conspiración y de la tentativa, si bien este último concepto deberá examinarse en el marco de cada crimen o grupo de crímenes previstos en el código, en la medida en que evidentemente su ámbito de aplicación está limitado en razón de la naturaleza de los crímenes de que se trata.

13. En lo que respecta al método adoptado, le parece que en el Relator Especial las disposiciones de los códigos penales de ciertos países han influido más que las de otros para extraer una regla internacional aplicable a la complicidad, a la conspiración y a la tentativa. El Sr. Al-Baharna considera discutible este método por su carácter ecléctico y, en todo caso, por basarse en la analogía con el derecho interno. Mucho más conveniente habría sido, a su juicio, un método basado en la práctica de los tratados multilaterales. Existen instrumentos internacionales sobre el genocidio, los estupefacientes, el secuestro de aeronaves y los crímenes de guerra, que contienen disposiciones relativas a la complicidad, la conspiración y la tentativa que sería una base de trabajo más apropiada para el proyecto de código.

14. Al pasar a referirse a los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial, el Sr. Al-Baharna señala que en la presente etapa se limitará a las observaciones de carácter teórico y de fondo.

15. El proyecto de artículo 15 da a la complicidad el carácter de crimen. Dado que los crímenes internacionales son fundamentalmente crímenes colectivos en los que participan diversos autores que cumplen funciones diferentes, parece lógico inculpar a todos los autores implicados en la infracción de que se trate, ya sean autores intelectuales o ejecutores. Pero también es posible que una persona se vea involucrada involuntariamente o sin darse

⁶ Véase 2151.ª sesión, nota 11.

cuenta en un hecho ilegal o prohibido. ¿Sería normal inculparla? A este respecto cabe recordar que tras la segunda guerra mundial sólo los grandes criminales de guerra fueron enjuiciados en los Tribunales de Nuremberg y de Tokio. El Sr. Al-Baharna es perfectamente consciente de que distinguir al autor principal del cómplice en los crímenes internacionales no es más fácil que si se trata de crímenes de derecho interno. De todos modos, a los efectos de la culpabilidad, se debe hacer una distinción entre los diferentes grados de complicidad, pues de lo contrario se estaría creando un derecho ilusorio. La naturaleza misma del crimen de complicidad obliga a efectuar un examen más a fondo de este aspecto de la cuestión. Ahora bien, el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 15 no parece responder a esta exigencia y tampoco permite decir qué se entiende por la expresión «el hecho de cooperar como cómplice». Si bien es cierto que el párrafo 2 define el ámbito de aplicación del concepto de complicidad, se trata de una aplicación de orden temporal en cuanto abarca los actos accesorios anteriores y posteriores a la infracción principal. Esa es una cuestión completamente diferente. Naturalmente, está de acuerdo con la idea de que el ámbito de la complicidad debería hacerse extensivo a todos los actos accesorios, anteriores y posteriores a la infracción principal. Pero se debería determinar la relación existente entre la infracción principal y los actos accesorios posteriores. En consecuencia, el Sr. Al-Baharna considera que el proyecto de artículo 15 debe definir la noción de «cómplice» y precisar el grado de complicidad que entraña la inculpación del cómplice.

16. El proyecto de artículo 16 prevé que la conspiración constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. En el proyecto de código de 1954, la Comisión había ampliado el ámbito de la noción de *conspiracy* al conjunto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. El Relator Especial parece tener ciertas reservas en cuanto a ese enfoque, porque en su informe observa que «se trata de una ampliación considerable» (*ibid.*, párr. 50). Sin embargo, nada de lo señalado en el comentario permite determinar si esa reserva se aplica a los crímenes propiamente tales o a la responsabilidad individual o colectiva. Cualquiera que sea la respuesta, cabe examinar más a fondo la noción de conspiración —de ser necesario, en relación con cada crimen o grupo de crímenes— y delimitarla claramente. Así, se podría pensar en incorporar al texto mismo del artículo una definición del término «conspiración», precisando también el ámbito de la responsabilidad. Es cierto que el Relator Especial observa (*ibid.*, párr. 41) que la conspiración entraña dos grados, el primero de los cuales está constituido por un concierto de voluntades y el segundo, por los actos materiales cuyo objeto es la ejecución del crimen proyectado. El Sr. Al-Baharna opina que esta indicación debe figurar en el texto mismo del artículo. En cuanto a la cuestión de saber si la noción de conspiración debe o no hacerse extensiva al conjunto de crímenes previstos en el código, el Sr. Al-Baharna se declara abierto a cualquier sugerencia. En cambio, en lo que respecta a saber si la responsabilidad en la materia debería ser colectiva o sencillamente individual, preferiría que se mantuviera el concepto de responsabilidad colectiva, que permitiría una mejor represión de los crímenes previstos en el código. Pero, al igual que en la complicidad, habría que determinar la intención criminal (*mens rea*) de cada participante. En lo que respecta

al párrafo 2 del proyecto de artículo 16, el Sr. Al-Baharna considera mejor la primera variante.

17. Observando que en su informe el Relator Especial afirma que «la noción tradicional de complicidad en su concepto más amplio de participación criminal abarca también la de conspiración» (*ibid.*, párr. 26) y que «las nociones de complicidad y de conspiración, aunque están separadas, son nociones muy próximas que a veces se superponen» (*ibid.*, párr. 62), el Sr. Al-Baharna se pregunta si es realmente necesario que la complicidad y la conspiración se traten en dos artículos separados. En esta materia apenas existe uniformidad en la práctica convencional. Por ejemplo, algunos instrumentos, como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, tratan separadamente de la complicidad y la conspiración y otros, como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 1988, los tratan en forma conjunta. El Sr. Al-Baharna no tiene ninguna preferencia especial por uno de esos enfoques, pero considera que se puede evitar la superposición a que se refiere el Relator Especial refundiendo en un texto único los proyectos de artículos 15 y 16, con el título general de «Participación en el crimen».

18. En lo que respecta al proyecto de artículo 17, el Sr. Al-Baharna opina que la incorporación al proyecto de código de la «tentativa» suscita muchas dificultades. Primero, hay que convenir en una definición de la tentativa que sea aceptable en el plano internacional. Segundo, es importante decidir si la noción de tentativa es aplicable al conjunto de crímenes previstos en el código o sólo a algunos de ellos. Desgraciadamente, la tentativa no está definida en el proyecto de código de 1954 y tampoco en los instrumentos que asimilan la tentativa al crimen de que se trata. Ahora bien, ésta es una noción perfectamente definida en derecho penal; en general, sus elementos integrantes son los siguientes: a) la intención de ejecutar el crimen de que se trata; b) un acto manifiesto encaminado a la ejecución; c) la no consumación del crimen, y d) la posibilidad manifiesta de que se ejecute. El Sr. Al-Baharna opina que todos esos elementos pueden utilizarse para una definición de la «tentativa» en el proyecto de artículo 17.

19. El Sr. Al-Baharna conviene con el Relator Especial en que la noción de tentativa es aplicable en la mayoría de los crímenes contra la humanidad, por ejemplo, el genocidio y el *apartheid*. En relación con esos crímenes, no debería ser difícil, pues, precisar que la tentativa constituye un crimen. Sin embargo, la situación es diferente cuando se trata de crímenes contra la paz, tales como la agresión y la intervención, porque es imposible precisar en qué momento comienza o fracasa la agresión o la intervención, como señala el Relator Especial (*ibid.*, párr. 66).

20. En cuanto a los dos proyectos de artículos sobre el tráfico ilícito de estupefacientes, como crimen contra la paz y como crimen contra la humanidad, el Sr. Al-Baharna expresa algunas reservas respecto del enfoque seguido por el Relator Especial. Evidentemente, reconoce que el tráfico internacional de estupefacientes constituye actualmente una amenaza grave. Pero ¿basta ello para calificar a ese tráfico de crimen contra la paz y de crimen contra la humanidad? Bastaría tal vez con calificarlo sólo de crimen contra la humanidad. El Sr. Al-Baharna expresa también sus reservas en cuanto al enfoque adoptado por el Relator Especial para definir el crimen de tráfico ilícito e interna-

cional de estupefacientes. El artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas de 1988, antes señalada, define de tal manera las «infracciones» y «sanciones», que ellas abarcan todo acto imaginable relacionado con el tráfico de estupefacientes. En cambio, el proyecto de artículo X presentado por el Relator Especial refleja sólo parcialmente esa definición: por ejemplo, no se refiere a los aspectos financieros de ese tráfico. Es necesario colmar esa laguna, para lo cual el Sr. Al-Baharna propone que, a los fines del proyecto de código, la definición de tráfico internacional de estupefacientes se inspire en la Convención de las Naciones Unidas de 1988.

21. Sin perjuicio de las reservas expresadas, el Sr. Al-Baharna encomia al Relator Especial por su informe, rico de enseñanzas, que ofrece una amplia base para la reflexión. El Sr. Al-Baharna se reserva el derecho de hacer uso de la palabra ulteriormente sobre la cuestión de la posible creación del tribunal penal internacional.

22. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que le extraña que casi ningún miembro de la Comisión se haya referido todavía a la cuestión del estatuto de un tribunal penal internacional de que trata la tercera parte de su octavo informe. En el período de sesiones anterior se le había instado a que presentara lo antes posible un proyecto, como si fuera una cuestión de urgencia. Dado el tiempo transcurrido, ¿deberá la Comisión modificar su programa de trabajo?

23. El PRESIDENTE dice que mientras no se haya terminado el examen del presente tema los miembros pueden referirse en todo momento a los diversos aspectos del informe, inclusive la tercera parte.

24. El Sr. PAWLAK, refiriéndose a la primera parte del octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1), relativa a la complicidad, la conspiración y la tentativa, dice que si bien comprende el razonamiento del Relator Especial, no puede suscribir todas sus conclusiones. En efecto, a su juicio, la complicidad, la conspiración y la tentativa no son ni más ni menos que formas de la ejecución de un crimen. Además, éste es el enfoque que adoptan la mayoría de los códigos penales europeos, como el polaco, lo que deberá tenerse en cuenta sin duda en el proyecto de código.

25. Por consiguiente, puesto que son modalidades de la ejecución, la complicidad, la conspiración y la tentativa se deberían considerar como una parte diferente del código. En esa nueva parte, sería prudente incluir la definición del autor en el derecho internacional, si es que la Comisión puede llegar a esa definición. Como han señalado algunos miembros, esa definición, que podría basarse en las ideas expuestas por el Sr. Ushakov⁷, serviría sin duda para aclarar numerosas cuestiones relacionadas con la ejecución del crimen y que se ha convenido en denominar infracciones conexas, facilitando así la labor de la Comisión.

26. Es cierto que los crímenes internacionales son distintos de la mayoría de los crímenes tipificados en los códigos penales nacionales, pero por regla general esas diferencias no son más que del orden de gravedad del acto punible. Por ello, en principio, no se debería tipificar como crímenes diferentes la complicidad, la tentativa, etc., en cada crimen internacional previsto en el código, salvo tal vez en lo que respecta, por ejemplo, a la conspiración. Se-

ría más conveniente que al comienzo del capítulo II del proyecto de código se introdujera una breve serie de artículos en la que se definan todas las formas que pueden revestir los crímenes de que se trata. Esa serie podría comenzar con un artículo sobre la preparación, para tratar a continuación la conspiración, la asociación ilícita, la tentativa y otras cuestiones. A continuación debería figurar la definición de autor, que abarcaría todas las modalidades posibles de participación de los coautores, ya se trate de autores intelectuales, autores directos o dirigentes que ordenan la ejecución del crimen sin participar directamente. Después de tratar todas estas modalidades de participación de los coautores, cabría examinar el problema de la complicidad. Como ya ha señalado, la complicidad es una de las formas de ejecución de un crimen. Esto quedará más claro cuando se haya definido en primer término al autor principal del crimen.

27. En su informe (*ibid.*, párr. 19), el Relator Especial señala que en la esfera de la complicidad «el observador navega en aguas inciertas». Es cierto que si se examina el derecho de numerosos Estados, se llega a la conclusión de que no existe uniformidad. Pero la Comisión no debe plantearse los casos extremos sino que debe esforzarse más bien por definir en los términos más amplios posibles al responsable de un crimen previsto por el código. Desde luego, el código no sólo tiene la función de castigar sino también la de educar y disuadir. La complicidad, la instigación, la ejecución, la asistencia, el consejo, la orden, la orientación, etc., son todas formas del crimen que deben ser castigadas de la misma manera que el propio crimen, evidentemente según el grado de participación en esa ejecución. A este respecto, el Sr. Pawlak dice que prefiere el principio de la responsabilidad individual al de la responsabilidad colectiva.

28. Al referirse a continuación a la segunda parte del informe, relativa al tráfico ilícito e internacional de estupefacientes, el Sr. Pawlak opina que se debe calificar sencillamente a ese tráfico de crimen contra la humanidad, centrándose en los efectos de esa definición. Para ello bastaría un solo artículo. En efecto, se trata de sancionar el contrabando en gran escala y castigar a los grandes traficantes, dejando a las jurisdicciones nacionales la represión del tráfico en pequeña escala y de las demás actividades comprendidas en el tráfico ilícito de estupefacientes.

29. El Sr. ILLUECA recuerda que la labor encomendada a la Comisión de elaborar un proyecto de código se originó en el deseo de la comunidad internacional, a raíz de la última conflagración mundial, de que se tipificaran ciertos crímenes, se señalaran las penas correspondientes y se formulara el cuerpo de normas jurídicas necesarias. La Comisión debía estudiar soluciones jurídicas a fin de no dar lugar a las objeciones que se hicieron en su momento a los Tribunales de Nuremberg y de Tokio: por una parte, que esos tribunales no tenían sustento en el derecho internacional existente; por la otra, que los crímenes imputados violaban el principio de la legalidad; y por último, que las penas impuestas violaban el principio *nulla poena sine lege*.

30. Las observaciones de orden metodológico formuladas por el Relator Especial en su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 6) no pueden menos que considerarse, pero si se examinan el contenido y alcance de los proyectos de artículos 15, 16 y 17, se observa que las cuestiones

⁷ *Ibid.*, notas 8 y 9.

de forma y de fondo están tan entrelazadas que es materialmente imposible distinguir en el plano metodológico los elementos tipificadores del hecho punible, en directa relación con el autor o autores materiales e intelectuales y la pena que les corresponda.

31. Es evidente que la tarea de la Comisión no radica en formular un proyecto de código siguiendo el modelo del *common law* o de los sistemas que siguen la tradición romanista y tampoco un proyecto de código formado por normas encaminadas a resolver conflictos de leyes o conflictos de jurisdicciones ante tribunales nacionales. En realidad, de conformidad con las resoluciones 177(II) de 21 de noviembre de 1947 y 36/106 de 10 de diciembre de 1981 de la Asamblea General, la Comisión debe indicar la función que corresponde en la elaboración del proyecto de código a los Principios de Nuremberg, tomando debidamente en cuenta los resultados logrados en el proceso del desarrollo progresivo del derecho internacional.

32. En su informe (*ibid.*, párrs. 19 y 26), el Relator Especial se explaya sobre las dificultades («existencia de matices poco claros, de incertidumbre») que suscita la definición de los actores que desempeñan un papel en la complicidad. De hecho, esa problemática guarda relación con dos teorías básicas del derecho penal internacional: la primera, referente a las formas de aparición del crimen, esto es, del *iter criminis*, y la segunda, la teoría de la participación delictiva, que tiene que ver con la codelinuencia, esto es, con la *societas sceleris* de los juristas italianos.

33. La complicidad, la conspiración y la tentativa tienen un sitio reservado en las formas de ejecución del crimen, ya que el crimen es uno aunque los agentes ejecutores sean varios. Es evidente que en su proceso de perpetración el crimen pasa de la etapa de proyecto a la de ejecución. El proyecto criminal tiene por lo tanto, como expresiones objetivas, primero la tentativa, que entraña el comienzo de ejecución del crimen; en segundo término, la frustración, que implica la ejecución del acto criminal sin que se produzca el resultado perseguido, por causas ajenas a la voluntad del autor [el comentario del Relator Especial (*ibid.*, párr. 67) sobre la tentativa debería hacerse extensivo a la frustración. El homicidio frustrado —que tiene importancia para el código, por ejemplo, en caso de genocidio, *apartheid* o agresión— es un acto criminal del que existen ejemplos en la historia, especialmente en la de América Latina]; y en tercer término, el crimen consumado, que es la expresión culminante del proceso de ejecución. Además de la tentativa, la frustración y el crimen consumado, se deben considerar como formas de ejecución del crimen la proposición, la conspiración (de que trata el proyecto de artículo 16) y la provocación o instigación.

34. En su informe, el Relator Especial constata que existen dos tendencias: la que separa la participación *post factum* de la complicidad y otra, que la vincula. De ahí que el Relator Especial llegue a la conclusión de que «no puede proponerse una regla única sin negar la coexistencia de las dos tendencias» (*ibid.*, párr. 37). Por ello, la formulación que propone en el proyecto de artículo 15 se debería reflejar en el proyecto de código, ya que es la más conveniente para distinguir la intervención que cabe a cada uno de los participantes en el hecho criminal, así como la responsabilidad y la sanción penal que les caben por su participación.

35. Muchos códigos penales distinguen entre autores, cómplices y encubridores. La figura del encubridor es discutible para los penalistas, pero parece sensato aceptar la conclusión a que se llegó en el Séptimo Congreso Internacional de Derecho Penal (*ibid.*, párr. 36) en cuanto a que «los actos de ayuda posterior que no se derivan de un concierto previo de voluntades, especialmente el encubrimiento, deberían ser sancionados como delitos especiales.

36. La teoría de la participación delictiva consagrada por el derecho penal contemporáneo ofrece dos criterios claramente orientadores: el tradicional, representado por la teoría unitaria o monista, que consagra la unidad del crimen y la pluralidad de los agentes ejecutores; y la teoría pluralista, conforme a la cual cada persona participante es una pieza de una obra común que es el crimen ejecutado. Algunos penalistas eminentes consideran que si dos o más personas consienten en realizar el crimen o si hay un hecho principal que le confiere vida y cifra al participante, se hace manifiesta la naturaleza accesoria de la participación. En efecto, la conducta del que participa sólo puede ser imputada «condicionalmente», por cuanto depende de la conducta del autor principal.

37. Con el valioso concurso del Relator Especial, la Comisión está en condiciones de redactar un proyecto de código apto para el ejercicio de la jurisdicción penal internacional. Un código de tal naturaleza tendría la jerarquía de un cuerpo unitario y comprensivo de normas de aceptación universal, en armonía con los distintos sistemas jurídicos del mundo. Es evidente que para su aplicación se debería crear un tribunal penal internacional con competencia exclusiva para llevar a cabo el enjuiciamiento de los crímenes previstos en el código y con el apoyo de la maquinaria administrativa necesaria. El cuadro de las relaciones internacionales se caracteriza actualmente por un ambiente de distensión, paz, amistad y cooperación y justifica sin duda que el 4 de diciembre de 1989 la Asamblea General haya aprobado por consenso la histórica resolución 44/39, sobre la creación de un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre las personas culpables del crimen de tráfico ilícito de estupefacientes y de otras actividades delictivas transnacionales.

38. Por último, el Sr. Illueca dice que en su opinión los proyectos de artículos 15, 16 y 17, sobre la complicidad, la conspiración y la tentativa, deberían ubicarse en la parte general del proyecto de código consagrada a los principios generales. Además, se reserva el derecho de referirse ulteriormente a la tercera parte del octavo informe, que trata justamente del estatuto de un tribunal penal internacional.

39. El Sr. MAHIOU dice que como los informes del Sr. Thiam se caracterizan por su brevedad y concisión, en un primer momento temió que el octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1) no contuviese elementos suficientes para que la Comisión estudiara las infracciones llamadas «conexas». De hecho, el informe debe leerse a la luz de la tercera parte del cuarto informe del Relator Especial⁸, en la que analizó en detalle «otras infracciones». El Sr. Mahiou limitará sus observaciones a algunas cuestiones importantes respecto de las cuales los miembros de la Comisión deben exponer claramente su posición.

⁸ *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), págs. 55 y ss., documento A/CN.4/398.

40. En lo que respecta al método, en particular, a las consecuencias que se derivan de ese método, el Sr. Mahiou observa que varios miembros de la Comisión se han preguntado si conviene que se enuncie una norma general sobre las nociones de complicidad, conspiración y tentativa, esto es, que se aplique un método deductivo para extraer ulteriormente las consecuencias respecto de cada crimen, o bien que se examine cada uno de esos conceptos en relación directa con cada crimen, a fin de tener en cuenta las características específicas de cada acto, esto es, que se adopte el método inductivo. Al mismo tiempo, algunos miembros se han preguntado si en el proyecto de código se debía asignar una parte separada a estas infracciones conexas o si debían figurar en una existente, en particular, la que se refiere a los principios generales.

41. Estas cuestiones plantean un problema de fondo, a saber, la tipificación exacta de cada una de esas infracciones. ¿Se trata de infracciones por derecho propio o de infracciones puramente conexas? Por ejemplo, en lo que respecta a la conspiración, el Sr. Mahiou dice que si se trata de una infracción independiente, la conspiración es en sí punible, aunque no exista un comienzo de ejecución. Las comparaciones hechas por el Relator Especial para ilustrar a la Comisión muestran bien la situación: lo que se castiga es el mero hecho de pertenecer a una asociación ilícita, tanto si se ha cometido como si no se ha cometido un delito, y el comienzo de ejecución es sólo una circunstancia agravante que permite aumentar la pena aplicable al culpable. En cambio, la situación es diferente si la conspiración se considera como una modalidad de participación criminal que constituye sólo una infracción conexa. Para que esta participación sea punible, es necesario que esté vinculada al acto principal. La Comisión debe razonar a la luz de estas consecuencias e interrogarse acerca de la naturaleza de las infracciones de que se trata.

42. A este respecto, el Relator Especial recuerda la interpretación dada por el Tribunal de Nuremberg al artículo 6 de su estatuto⁹, que distingue tres categorías de crímenes: los crímenes contra la paz (apartado *a*), los crímenes de guerra (apartado *b*) y los crímenes contra la humanidad (apartado *c*). Aunque la conspiración se mencionaba expresamente sólo en el apartado *a*, dado que se hacía referencia a ella al final del artículo 6, cabía suponer que la noción de conspiración era aplicable respecto de cada una de las tres categorías de crímenes. En efecto, el objetivo perseguido en esa época era el de castigar severamente a las personas que habían preparado, organizado o dirigido los actos criminales, sin que hubiera necesidad de investigar la infracción principal. Pero, en definitiva, el Tribunal interpretó restrictivamente el artículo 6, considerando que la noción de conspiración se aplicaba únicamente a los crímenes contra la paz. En este último caso, la conspiración revestía el carácter de una infracción autónoma, pues la idea era sancionar los crímenes cometidos contra los gobernantes, esto es, los crímenes contra la paz o, básicamente, los actos de agresión, enjuiciando a los responsables en su calidad de autores principales y no de meros cómplices. En esa oportunidad se hizo incluso alusión a la noción de responsabilidad colectiva, porque el artículo 6 del estatuto de Nuremberg se basaba en la solidaridad de los dirigentes y los organizadores de

los diferentes crímenes, que en ciertos casos eran cometidos directamente por terceros. Sin embargo, es evidente que se debe delimitar claramente el concepto de responsabilidad colectiva, identificando caso por caso las condiciones precisas para que surja esa responsabilidad. Por tanto, la noción de conspiración puede incluirse entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad como infracción autónoma, siempre que se adopten las precauciones necesarias y se tengan en cuenta determinados elementos que limitan sus alcances, como la intención.

43. En términos más generales, en las infracciones conexas se hace frente a un dilema: o bien se considera que el proyecto de código trata de los crímenes más graves y que a ese título cabe castigar no sólo a los autores sino también a las personas implicadas en razón de complicidad, conspiración o tentativa, determinándose la pena según el grado de participación de cada una de esas personas, o bien se considera que cuando se trata precisamente de crímenes graves se impone el rigor jurídico y sólo se debe sancionar a quienes sean realmente culpables de actos concretos e individualizados. Pero ¿es que no existe una posición intermedia?

44. Al referirse a la complicidad, el Sr. Mahiou opina que se puede concebir un artículo único aplicable al conjunto de crímenes previstos en el proyecto de código; en cambio, otros miembros de la Comisión consideran que respecto de ciertos crímenes, por ejemplo, los crímenes de guerra, se puede tener una concepción restrictiva de la complicidad, cuyo ámbito sería más amplio, por ejemplo, respecto de los crímenes contra la paz y contra la humanidad. Pero le parece que realmente no se han esgrimido argumentos decisivos en favor de esa distinción. Es posible que la existencia de convenciones sobre los crímenes de guerra, que contienen disposiciones detalladas sobre las diferentes infracciones, facilite la tipificación de los actos y, por lo tanto, de la complicidad, y justifique una concepción restrictiva de la complicidad respecto de esa categoría de crímenes. Sin embargo, aun en esa hipótesis, por detallados que sean los Convenios de La Haya o los de Ginebra, resultan a veces imprecisos. Así pues, no hay tal vez base suficiente para adoptar una concepción restrictiva en un caso y una más amplia en otro. Por otra parte, el Sr. Mahiou se pregunta si el hecho de que se mantenga el crimen de conspiración no llevará a la Comisión a adoptar una concepción restrictiva de la complicidad; si la noción de conspiración permite englobar a dirigentes y organizadores, ¿qué justificación tiene ampliar el concepto de complicidad para incluir a determinados responsables? De todos modos, el texto del proyecto de artículo 15 debería ser más detallado para identificar más claramente los actos de complicidad que han de castigarse en virtud del código.

45. La tentativa aparece como el ejemplo de los actos estrechamente relacionados con el crimen planeado. La tentativa debe, pues, examinarse en relación con los diferentes crímenes y sancionarse según las circunstancias. Si el crimen planeado no se ejecuta en razón de circunstancias independientes de la voluntad del autor, la tentativa debería ser punible.

46. En lo que respecta al tráfico ilícito de estupefacientes, al igual que en los crímenes de guerra, la primera cuestión que se plantea es saber si cualquier acto ilícito re-

⁹ Véase 2150.ª sesión, nota 9.

lacionado con los estupefacientes será sancionado en virtud del proyecto de código. El Sr. Mahiou considera que el elemento de la gravedad, por diferente que sea del que se tiene en cuenta en otras categorías de crímenes, debe estar presente para que la inclusión de un determinado acto se justifique en el código. Conviene, pues, fijar parámetros en esta materia que permitan determinar el momento en que una actividad ilegal concreta que corresponde exclusivamente al ámbito del derecho interno rebasa ese marco y entra al ámbito de la represión internacional. Por consiguiente, debe concederse cierta importancia a este elemento ajeno para poder incluir el tráfico ilícito de estupefacientes entre los actos sancionados en el código como crímenes contra la paz. Ahora bien, partiendo de este enfoque, el párrafo 2 del proyecto de artículo X no es suficiente. Por otra parte, el comentario hecho por el Relator Especial en el párrafo 69 de su informe no está plenamente en consonancia con esta disposición, que es de un alcance tan amplio que no excluye los actos aislados. Por ello, parece necesario que se insista en el carácter excepcional que reviste el hecho a que se refiere el párrafo 1 del artículo, así como en las consecuencias que puede tener en las relaciones internacionales. Lo que da el carácter de crimen contra la paz a un determinado acto relacionado con los estupefacientes es su vinculación con las relaciones internacionales. En cuanto al párrafo 2 del artículo X, se podrían precisar en ese texto los diferentes actos que constituyen crimen y son, por lo tanto, punibles.

47. En lo que respecta al tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la humanidad, algunos miembros de la Comisión se han preguntado si debe ser objeto de un proyecto de artículo diferente. En opinión del Sr. Mahiou, es preferible que se mantengan dos artículos, particularmente porque la Comisión trata de los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra en partes separadas del capítulo II del proyecto de código. Si se considera el tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la paz, ello debe expresarse en el título pertinente del capítulo II, y lo mismo ha de hacerse si se lo considera crimen contra la humanidad. En cuanto a crimen contra la paz, el tráfico ilícito de estupefacientes reviste un aspecto estatal de orden interno o de orden internacional. El motivo por el cual se puede considerar al tráfico ilícito como crimen contra la paz es el hecho de que pone en peligro la estabilidad del Estado o amenaza las relaciones internacionales. Estos parámetros deben reflejarse en el proyecto de artículo que define el tráfico ilícito de estupefacientes como crimen contra la paz. En cambio, en lo que respecta al crimen contra la humanidad, el elemento estatal interno o internacional no desempeña ningún papel. El tráfico ilícito interno de consecuencias graves para la población por sus efectos puede asimilarse en cierto sentido a una forma de genocidio. Ese tráfico no pone directamente en peligro la paz internacional ni la estabilidad de un gobierno, sino que afecta a sectores de la población más o menos numerosos: se trata de defender la noción de humanidad en cuanto tal. En estos casos existe una relación estrecha con el derecho interno, y por ello es necesario que la responsabilidad en materia de represión se divida entre las jurisdicciones internas y el tribunal penal internacional cuya creación se ha previsto, lo que es una de las cuestiones más delicadas.

48. Por último, el Sr. Mahiou recuerda que en diversas oportunidades se ha invitado al Relator Especial a que de-

fin a al autor principal para que a continuación se identifiquen las demás categorías de participantes en un crimen. Este enfoque no le parece conveniente puesto que, por regla general, el derecho penal no define autores sino infracciones. A partir de las infracciones se puede llegar a los autores para castigarlos según las modalidades de su participación. A este respecto, no cabe ser demasiado ambicioso: ciertas nociones no se pueden definir con toda la precisión requerida. En derecho interno, suele ser el juez quien determina el papel que ha desempeñado cada uno de los acusados y no hay ninguna razón para que ello sea diferente en el plano internacional. La Comisión debe establecer ciertas directrices, pero, en cada caso, corresponde más bien al juez determinar la responsabilidad de cada persona. Normalmente, una vez establecida la lista de las infracciones principales, la Comisión deberá completarla mediante una lista de infracciones conexas lo más precisa posible, pero en el entendimiento de que no se puede hacer una enumeración exhaustiva de esas infracciones.

49. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que los oradores anteriores han tratado prácticamente todas las cuestiones planteadas por el Relator Especial sobre los conceptos de complicidad, conspiración y tentativa, por lo que se limitará a hacer algunas breves observaciones en la materia. Comprende que el Relator Especial no desea reanudar el debate celebrado durante el examen de su cuarto informe en el 38.º período de sesiones, en 1986, sino conocer la opinión de los miembros de la Comisión sobre las definiciones que ha propuesto para los tres conceptos en estudio, aunque varios miembros de la Comisión no participaron en ese debate. Por otra parte, los elementos enunciados por el Relator Especial al definir esos conceptos no podrían dar lugar a diferencias de opinión, porque sólo reflejan los principios generalmente reconocidos del derecho penal general. Por ello, para que sea fructífero, el debate debería centrarse sobre todo en el papel que cabe asignar a esos tres conceptos. En efecto, la Comisión debe preguntarse si éstos se pueden incorporar sin modificaciones al derecho penal internacional.

50. En lo que respecta especialmente a la complicidad, es sabido que en el derecho penal general este concepto se basa en los principios de la criminalidad «derivada» y de la penalidad «derivada». En virtud del primer principio, la complicidad está supeditada a la existencia de un hecho penal principal, de lo que dimana una serie de consecuencias. Así, en particular, el cómplice no podrá ser condenado si el autor del hecho principal no ha sido objeto de condena y la amnistía en favor del autor del hecho principal elimina el carácter delictual de la complicidad. En virtud del segundo principio, esto es, el principio de la penalidad derivada, el acto de complicidad y el hecho principal son igualmente sancionados y, según los partidarios de la derivación absoluta de la penalidad, se debe imponer de hecho una misma pena al autor principal y al cómplice.

51. Generalmente, en el sistema clásico la complicidad está, pues, determinada en relación con el hecho principal y una disposición especial, que suele figurar en la parte de los códigos penales dedicada a los principios generales, define la noción de autor principal o de presunto autor principal, lo que es completamente normal.

52. Pero la Comisión debe elaborar un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, esto es,

un instrumento de derecho internacional. Al igual que en otras oportunidades, en que ha debido examinar la posibilidad de adaptar al derecho internacional normas y principios del derecho interno, la Comisión debe actuar con gran prudencia y preguntarse acerca de la mejor manera de reflejar en el código el concepto de complicidad, aun si la definición y el contenido de ese concepto son más o menos semejantes en todos los códigos penales nacionales. En particular, habría que decidir si los principios de la criminalidad derivada y de la penalidad derivada se aplican a la noción de complicidad en un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. En caso afirmativo, el concepto de complicidad y, en su caso, el de autor principal, quizás deberían definirse en la parte general del código.

53. Pero antes de pronunciarse sobre esta cuestión se debe analizar la práctica internacional, tanto convencional como judicial. Según ha señalado el Relator Especial en su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 13), los estatutos de los tribunales militares internacionales han incluido en los mismos artículos y sin distinción a «los dirigentes, organizadores, provocadores o cómplices» (art. 6 *in fine* del estatuto del Tribunal de Nuremberg), a «los jefes, organizadores, instigadores y cómplices» (art. 5 *c* del estatuto del Tribunal de Tokio), para no hacer distinción entre autores y cómplices. El enfoque de que no existe relación de subordinación entre el cómplice y el autor principal se ha consagrado en los Principios de Nuremberg¹⁰, así como en el proyecto de código de 1954, en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, en la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, de 1973, y en la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 1979. Sin embargo, de esta línea se aparta al parecer la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, aprobada el 4 de diciembre de 1989 por la Asamblea General.

54. El Sr. Mahiou ha señalado claramente las consecuencias jurídicas de la posición que consiste en colocar en un mismo plano la acción principal y la complicidad y considerar a esta última como infracción independiente.

55. Si, como acaba de verse, la práctica internacional se inclina claramente a separar el acto de complicidad del acto principal, en el derecho interno existe una tendencia análoga, ya que el reconocimiento de la criminalidad del acto de complicidad no está subordinado a la condena del autor principal, ni siquiera a su identificación. En estas condiciones, es comprensible que el Relator Especial haya decidido tratar la complicidad como infracción diferente. Sin embargo, habida cuenta de las dificultades que enfrentará sin duda la Comisión si intenta definir el concepto de cómplice por oposición al de autor, el Sr. Razafindralambo propone que la «dicotomía» clásica de autor/cómplice ceda el paso a un concepto más amplio de participante que abarque tanto a los autores principales como a los cómplices. La Comisión debería examinar atentamente esta solución y estudiar la posibilidad de elaborar una disposición general sobre la participación criminal que abarque a la vez a los organizadores, los instigadores, los autores y los cómplices. Esta disposición, que figuraría en los principios generales, se aplicaría en principio a todos los crímenes a que se refiere el código, en el entendi-

miento de que el tribunal penal internacional debería evaluar en cada caso el papel exacto desempeñado por los diversos participantes.

56. A diferencia de otros miembros de la Comisión, el Sr. Razafindralambo no considera útil examinar los diferentes crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad para determinar si la teoría de la complicidad es aplicable a su respecto.

57. El proyecto de artículo 16 contiene dos párrafos sobre lo que el Relator Especial denomina los dos grados de la conspiración. En realidad, sólo el párrafo 1 se refiere efectivamente a la conspiración que consiste en la participación en un plan concertado o en la existencia de un acuerdo entre los participantes. El párrafo 2 no trata de la conspiración, sino de una infracción que en la terminología penal francesa equivale al atentado, esto es, la conspiración ejecutada. Por ejemplo, en el derecho penal francés, el atentado contra la seguridad del Estado constituye un crimen totalmente autónomo. No debería ser difícil incorporar a la parte general del proyecto del código la disposición relativa a la conspiración propiamente tal.

58. La disposición contenida en el párrafo 2 trata en su primera variante de la responsabilidad colectiva y, en la segunda, de la responsabilidad individual. Si la Comisión opta por el principio de la responsabilidad individual, el párrafo 2 deja de ser necesario, pues el proyecto de código contiene ya una disposición relativa a la responsabilidad individual. En cambio, si la Comisión adopta la primera variante que, conforme a la noción de participación criminal, coloca en un mismo plano a todos los participantes en la ejecución de un crimen, el texto del párrafo 2 debería lógicamente ubicarse entre los principios generales, después de la disposición relativa a la participación.

59. En lo que respecta al proyecto de artículo 17, relativo a la tentativa, cabe formular iguales observaciones que las hechas sobre las disposiciones que se refieren a la complicidad. Como también en este caso es difícil examinar todos los crímenes previstos en el código para determinar si la noción de tentativa les es aplicable, no sería prudente que se admitiera de una manera categórica la tentativa respecto de todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Si la Comisión se limita a reiterar en la parte general del código la definición clásica de tentativa, dejaría en libertad al juez para determinar en cada caso concreto si la noción de tentativa es aplicable o no.

60. Pasando a la segunda parte del octavo informe, el Sr. Razafindralambo dice que aprueba en principio la idea de que el tráfico de estupefacientes figure entre los crímenes previstos por el código. Sería preferible, a su juicio, que esta infracción se considerara crimen contra la humanidad y no crimen contra la paz. Sin embargo, el Relator Especial debería modificar el texto del proyecto de artículo Y, de forma que se refiera sólo al tráfico organizado en gran escala que constituya una verdadera conspiración de carácter internacional.

61. El Sr. SOLARI TUDELA, refiriéndose en primer término a las nociones de complicidad y conspiración, dice que lo más sencillo sería englobar ambas nociones en una disposición única, bajo el título de participación criminal, como sugiere por lo demás el propio Relator Especial en su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 26). Además, este procedimiento tendría la ventaja de ser un de-

¹⁰ Véase 2151.ª sesión, nota 11.

nominador común para sistemas jurídicos diferentes que no siempre hacen una distinción entre la conspiración y la complicidad. A este respecto, conviene recordar que si se incluye en el código una definición sobre el autor del crimen que se refiera no sólo al autor material sino también a los autores intelectuales y a los autores indirectos, las disposiciones relativas a la complicidad y la conspiración no serían ya necesarias.

62. Por otra parte, el Sr. Solari Tudela duda de que todas las modalidades de complicidad y, sobre todo, los actos accesorios posteriores a la infracción principal constituyan infracciones de una gravedad suficiente para ser consideradas como crímenes contra la humanidad y, por lo tanto, para que el código las sancione. Lo mismo es valedero respecto de la tentativa. Esta infracción no parece revestir gravedad suficiente para poder considerarla crimen contra la humanidad. Es peligroso calificar estas infracciones de crímenes contra la humanidad. Se corre el riesgo de que la gravedad extremada, noción que debe ser inherente a los crímenes previstos en el código, pierda nitidez a los ojos del público.

63. En lo que concierne al proyecto de artículo X, relativo al tráfico ilícito de estupefacientes, convendría que se modificara su texto a fin de dejar bien claro que se aplica únicamente al tráfico organizado en gran escala.

64. Convendría también agregar a la lista de crímenes previstos por el código una nueva forma de criminalidad, el «narcoterrorismo», o sea, la colusión entre grupos de terroristas y traficantes de estupefacientes. En su 46.º período de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos aprobó la resolución 1990/75 titulada «Consecuencias de actos de violencia perpetrados por grupos armados irregulares y narcotraficantes en el goce de los derechos humanos», en la que expresa su profunda preocupación por los crímenes y atrocidades perpetrados en muchos países por grupos armados irregulares y narcotraficantes, y por la evidencia de vínculos crecientes entre esos grupos y los narcotraficantes. En la actualidad, se conocen determinados elementos que permiten suponer que los movimientos terroristas registrados hace algunos años en Europa tuvieron en un cierto momento relaciones con los traficantes de drogas. Lo mismo sucede actualmente en varios países de América Latina, en los que esta nueva forma de criminalidad constituye una verdadera amenaza para la sociedad. Esta situación constituye, pues, no sólo un crimen contra la humanidad sino también un crimen contra la paz que el código tiene necesariamente que sancionar.

65. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, señala de entrada que en las partes primera y segunda de su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1) el Relator Especial trata cuestiones muy controvertidas. La complicidad, la conspiración y la tentativa son nociones de derecho interno cuyo contenido varía según los sistemas jurídicos. Antes de reflejar esas nociones en un instrumento internacional y para que sean de aceptación universal, es necesario efectuar un trabajo amplio de unificación y armonización. En efecto, aun si en un futuro cercano se establece una jurisdicción penal internacional, los crímenes previstos en el código serán juzgados sin duda más frecuentemente por los tribunales nacionales.

66. Desgraciadamente, los proyectos de artículos 15, 16 y 17, tal como están redactados, no son plenamente aceptables.

67. Aunque, por su parte, no se opone a que el código sancione la complicidad y la conspiración, se pregunta si es conveniente que la tentativa se mantenga como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. De hecho, el propio Relator Especial parece tener dudas a este respecto cuando reconoce (*ibid.*, párr. 66) que en el ámbito de los crímenes que se examinan la teoría de la tentativa tiene sin duda una aplicación limitada. Ahora bien, al leer el texto del proyecto de artículo 17 se tiene la impresión de que, a diferencia de lo señalado en el comentario, se trata de una teoría de aplicación general.

68. En lo que respecta a la metodología, considera que las disposiciones relativas a la complicidad, la conspiración y la tentativa deberían figurar en la parte del código relativa a los principios generales, ya que éstos no son crímenes que se caractericen como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Efectivamente, se trata de infracciones que suelen cometerse en relación con actos criminales como asesinatos, robos, etc. En realidad, ésta es tal vez la razón de que en los códigos penales de diferentes países, entre los que figura China, las disposiciones sobre estas nociones figuran en la parte relativa a los principios generales.

69. El Sr. Shi se congratula de que el Relator Especial haya presentado disposiciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes. Como el pueblo al que pertenece ha sido el primero víctima de un tráfico de estupefacientes organizado por los imperialistas, el Sr. Shi tiene la íntima convicción de que calificando esta infracción de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, la comunidad internacional adoptaría una decisión histórica para el mundo. En lo que respecta a los proyectos de artículos presentados sobre el tema, el Sr. Shi reconoce que el tráfico ilícito de estupefacientes constituye a la vez un crimen contra la paz y un crimen contra la humanidad, pero no le parece necesario elaborar dos artículos diferentes.

70. Por último, como ha precisado el propio Relator Especial, para que este tráfico pueda ser sancionado por el código deber ser sumamente grave, esto es, debe ser un tráfico masivo y en gran escala realizado por asociaciones o grupos privados o por agentes del poder público. Desgraciadamente, leyendo el proyecto de artículo X no se advierten esos elementos.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2154.ª SESIÓN

Miércoles 9 de mayo de 1990, a las 10 horas

Presidente: Sr. Jiuyong SHI

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Graefrath, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.