el argumento de que otros países no querrían proceder a la extradición de un individuo culpable de un crimen de genocidio, por ejemplo, a un tribunal que tal vez le condenase solamente a una pena de diez años de prisión. Tratar de resolver la espinosa cuestión de la pena capital a base de aceptar una de las soluciones que se encuentren en sistemas penales nacionales redundaría en detrimento de la aceptación del código y de la idea de un tribunal penal internacional. Por esas razones, el Sr. Barsegov recomendaría un criterio más flexible, con una pena máxima y una pena mínima indicadas sobre la base de la práctica existente en los diferentes países. Este criterio conduciría a una mayor armonía entre la justicia nacional y la internacional y acrecentaría así la eficacia de la lucha contra los crímenes internacionales.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2213.ª SESIÓN

Jueves 23 de mayo de 1991, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Abdul G. KOROMA

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

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* [A/CN.4/435 y Add.1[2], A/CN.4/L.456, secc. B, A/CN.4/L.459 y Corr.1 y Add.1, ILC(XLIII)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 4 del programa]

NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO Z *y*

COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL[3] *(continuación)*

1. El Sr. Sreenivasa RAO dice que determinar las penas aplicables, elemento necesario en toda justicia penal, es una cuestión difícil y quizás sería prematuro abordarla mientras no haya acuerdo general sobre los crímenes que deberán figurar en el código. En principio, se tratará de los crímenes más odiosos —agresión, genocidio y otros crímenes de guerra graves— que merecen el castigo más ejemplar, generalmente la pena de muerte o, en los países en los que se ha abolido, la prisión perpetua. No obstante, se debería dar al tribunal la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias eximentes o atenuantes, que existan, en su caso. Si el código se aplica por conducto de las jurisdicciones nacionales, las penas aplicables serán lógicamente las previstas en el derecho interno. El problema que se plantearía en este caso, esto es, el de la aplicación de penas diferentes por el mismo crimen, podría limitarse, a su juicio, si se aplica la norma *non bis in idem*, si se evita en lo posible el juicio en rebeldía y si se celebran acuerdos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales un Estado pueda renunciar a su jurisdicción en favor de otro Estado o de varios Estados. En cambio, si se decide que todos o algunos de los crímenes a que se refiere el código son de la competencia exclusiva del tribunal penal internacional, es más conveniente que se establezca una sola pena, la de prisión perpetua, acompañada o no de la posibilidad de pedir la libertad condicional una vez cumplido un determinado plazo. Desde este punto de vista, el proyecto de artículo Z propuesto por el Relator Especial parece razonable, aunque sólo a título provisional dado que sigue estando vinculado a la cuestión de la competencia que ha de atribuirse al tribunal.

2. La parte del texto del proyecto que figura entre corchetes deberá revisarse puesto que la situación jurídica de los bienes a que se refiere no es siempre idéntica. Esos bienes deberán restituirse a su legítimo dueño, si éste vive, o al Estado del que es nacional. Si el legítimo dueño no está en condiciones de reclamar esos bienes, se podría constituir un fideicomiso o bien entregarlos al Estado encargado de juzgar al acusado, o al Estado que deba aplicar la pena impuesta por el tribunal, o bien se podrían entregar en custodia al propio tribunal penal internacional. Por último, si esos bienes son de propiedad del condenado, deberán entregarse a sus herederos, o al Estado del que es nacional, una vez satisfechas, en su caso, las legítimas demandas de terceros.

3. En lo que respecta a la competencia del tribunal penal internacional, existen varias soluciones posibles: jurisdicción únicamente respecto de los conflictos de leyes o de competencia; revisión en segunda instancia de las sentencias dictadas por tribunales nacionales; competencia exclusiva respecto de determinados crímenes y fun-

---

[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.° 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... 1991*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto del proyecto de artículo Z y de los proyectos de posibles disposiciones sobre la competencia de un tribunal penal internacional y sobre la acción penal, véase 2207.ª sesión, párr. 3.

ciones de revisión respecto de otros; competencia concurrente del tribunal y de los tribunales nacionales; y jurisdicción supletoria en el caso de que ninguno de los Estados interesados ejerza su jurisdicción, etc. Sea cual fuere la solución que se adopte, parece razonable en principio que la competencia del tribunal se base en el consentimiento de los Estados partes en su estatuto que tengan un interés más directo en el crimen que se trata de juzgar. Si bien, por definición, los crímenes establecidos en el código son crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no todos los Estados estarán igualmente calificados para iniciar la acción penal, ya sea en su propio nombre o en el de la comunidad internacional. Sin embargo, como ha quedado demostrado por los acontecimientos recientes, la respuesta a las situaciones de conflicto armado o a los actos de agresión o de genocidio debe ser una respuesta madura y razonada en el interés del debido proceso jurídico así como del respeto de los derechos del acusado, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Se ha observado que el Estado de la nacionalidad del autor del crimen de agresión, genocidio o ciertos otros crímenes o el Estado de la nacionalidad de las víctimas carecen tal vez de la imparcialidad y objetividad necesarias. En estas condiciones, parece preferible que el juicio por esos crímenes esté a cargo del tribunal penal internacional y no de los tribunales nacionales. Además de la competencia exclusiva respecto de ciertos crímenes, se podría atribuir competencia al tribunal respecto de otros crímenes que los Estados decidan someter a su conocimiento, o respecto de la apelación contra las sentencias de los tribunales nacionales, y la facultad de emitir opiniones consultivas a solicitud de los Estados, las más altas instancias judiciales nacionales o las organizaciones internacionales o intergubernamentales.

4. En lo que respecta a la atribución de competencia, considera que el consentimiento del Estado bajo cuya custodia se encuentra detenido el acusado es un elemento central. Sin duda, el concepto de custodia podría entenderse en un sentido amplio que abarque la extradición y permita trasladar al acusado al Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen. Sin embargo, habida cuenta de la duración y complejidad de los trámites de extradición, el Sr. Sreenivasa Rao no está seguro de que sea necesario establecer un vínculo entre ambos conceptos. En todo caso, los Estados a que se refiere el párrafo 2 del proyecto de artículo tienen derecho a pedir la extradición del acusado. El Relator Especial ha sabido reflejar los aspectos más modernos del concepto de jurisdicción dando cabida al sistema de la personalidad pasiva o de la protección real. El orador observa que el derecho de recurrir al tribunal se limita a los Estados y no se aplica a las organizaciones no gubernamentales o al CICR, que pueden cumplir un papel más útil mediante los servicios que prestan y como vigilantes más bien que como querellantes; y ayudando a reunir elementos de prueba.

5. El párrafo 3 del texto propuesto, que se basa en un principio bien conocido, es aceptable, como lo es también el párrafo 5. Además puede aceptar el párrafo 4, siempre que se asegure la base consensual de la jurisdicción. Sin embargo, es un hecho que la única manera de consolidar la futura jurisdicción penal internacional sería la creación simultánea de un ministerio público dotado de todos los medios que hagan falta para reunir elementos de prueba y determinar si un asunto debe ser juzgado por el tribunal.

6. En lo que respecta a la acción penal y a la cuestión de saber si ha de estar subordinada a una decisión previa del Consejo de Seguridad cuando se trate de crímenes de agresión o de amenaza de agresión, el orador observa que el problema será insoluble si, en caso de desacuerdo de sus miembros, el Consejo de Seguridad no puede determinar la existencia del crimen. En este caso, para no alterar el frágil equilibrio de la paz y la seguridad internacionales, le parece preferible no admitir la posibilidad de que la denuncia se presente al tribunal por medios indirectos. En caso de denuncia, el ministerio público adscrito al tribunal puede y debe ser garantía contra denuncias infundadas; pero, una vez sometido un asunto al conocimiento del tribunal, nada debería oponerse a que éste falle. También se podría facultar al tribunal para solicitar la opinión del Consejo, con carácter de mera recomendación. A su vez, el Consejo podría solicitar al tribunal opiniones consultivas, como puede solicitarlas a la CIJ con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas. En suma, los respectivos papeles del Consejo y el tribunal deben concebirse como mutuamente complementarios y no competitivos o conflictivos. En cuanto al Consejo de Seguridad, una de sus funciones reconocidas es la de determinar la existencia de agresión o de amenaza de agresión, pero la autoridad de sus decisiones se reforzará si las normas que establezca se aplican de manera uniforme y sin discriminación. En cuanto al tribunal penal internacional, tanto los miembros de la Comisión como el clima internacional general parecen ser hoy más favorables a su creación, pero no por ello se debe forzar la situación en busca de un consenso que no responda a una madura reflexión.

7. El Sr. ILLUECA dice que, evidentemente, el proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal abre camino a un sistema de jurisdicción concurrente y que, en este caso, el texto sería aceptable con algunas reservas, habida cuenta, además, de que se otorgarían al tribunal atribuciones para conocer de los conflictos de competencia judicial, de las solicitudes de revisión de sentencias condenatorias dictadas en violación del principio *non bis in idem* y de las solicitudes sobre cuestiones de interpretación de las disposiciones del derecho penal internacional. Sobre este particular, sería conveniente que el tribunal estuviese habilitado para emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica comprendida en su esfera de competencia.

8. A su juicio, lo ideal sería establecer un tribunal penal internacional con jurisdicción exclusiva respecto de ciertos crímenes, de modo que, como ha señalado el Sr. Ogiso (2210.ª sesión), su jurisdicción se extienda a los individuos de todos los Estados que sean partes en el estatuto del tribunal, a diferencia del sistema establecido para la CIJ, cuya competencia está sujeta al consentimiento de los Estados. Lamentablemente, esta solución ideal no parece realizable en la etapa actual y sin duda el Relator Especial ha tenido en cuenta el «realismo de los Estados» en cuanto complementa el principio de la territorialidad con el sistema de la personalidad activa y pasiva y el sistema de la protección real en la medida en que la legislación interna de los Estados interesados exija su aplicación en un caso concreto. Nada podría objetarse a

estos principios, que parecen sólidamente establecidos en la escena internacional, como se desprende de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios.

9. La conclusión a que llega el Relator Especial de que la regla de atribución de competencia no es sino «un mal menor, una concesión necesaria a la soberanía de los Estados» parecería indicar que la solución consiste en crear un tribunal penal internacional, con jurisdicción concurrente de los tribunales nacionales, esto es, un sistema que permita a los Estados elegir entre ejercitar la acción ante un tribunal nacional o ante el tribunal penal internacional. Es un hecho que la jurisdicción penal universal y el establecimiento de un tribunal penal internacional no se excluyen mutuamente, como ha quedado demostrado por el Sr. Graefrath en un reciente artículo publicado en el *European Journal of International Law*, que arroja mucha luz sobre esta cuestión.

10. El proyecto de posible disposición sobre la acción penal limita a los Estados el ejercicio de la acción penal, sin exigirles ningún requisito. En lo que respecta al Consejo de Seguridad, aunque el Relator Especial indica que ese órgano no podría ejercitar por sí mismo la acción penal, en el proyecto de disposición le asigna una función preponderante, que obstaculizaría la jurisdicción penal internacional en el caso de los crímenes de agresión o de amenaza de agresión. Por su parte, al igual que otros miembros de la Comisión, está en desacuerdo con la idea de que la acción penal esté subordinada a un acuerdo previo del Consejo de Seguridad. Un procedimiento de naturaleza tan restrictiva no tiene apoyo en la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto recuerda que en la Conferencia de San Francisco las grandes Potencias se opusieron a la idea de una jurisdicción obligatoria de la CIJ. El Sr. Illueca considera que es hora de que esos países renuncien a una política que ya no condice con la realidad, en interés de la democratización de las relaciones internacionales y del sistema de las Naciones Unidas y, en última instancia, de la paz y la seguridad internacionales. Además de mencionar el párrafo 3 del Artículo 36 de la Carta, que consagra la fórmula de transacción establecida en su época para buscar un equilibrio entre los órganos políticos y la CIJ, recuerda que el Artículo 95 ratifica la idea de que el orden jurídico no está subordinado a la acción del Consejo de Seguridad.

11. Sin dejar de considerar las dificultades que nacen de la diversidad de sistemas jurídicos y de los problemas de método, y habida cuenta además del principio *nullum crimen sine poena*, el Sr. Illueca es partidario de que se incluya en el código una disposición sobre las penas aplicables. En este orden de ideas, le parece conveniente que se señale un tipo de pena único, sujeto a un límite mínimo y un límite máximo, que el tribunal pueda graduar de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes del crimen de que se trate.

12. El Sr. Illueca comparte el sentimiento de repudio a la pena capital manifestado por la mayoría de los miembros de la Comisión. La sensibilidad de América Latina sobre esta materia se ha manifestado recientemente con la aprobación por la Asamblea General de la OEA de un protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos destinado a abolir la pena de muerte. En cambio, no está de acuerdo con quienes manifiestan igual oposición a la pena de prisión perpetua. En efecto, la comunidad internacional está obligada a ser exigente en extremo en cuanto a la ejemplaridad de la pena aplicable a los autores de crímenes de una tal barbarie, a fin de prevenir que se repitan y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esos criterios prevalecen en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, la Declaración sobre el Asilo Territorial[4], que dispone en el párrafo 2 de su artículo 1:

> No podrá invocar el derecho de buscar asilo, o disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad [...],

y la resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1973 relativa a los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. Considera que, con los elementos de juicio ofrecidos por el Relator Especial, la Comisión puede llegar a un consenso sobre la pena aplicable.

13. Diversos Estados partes en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, aplican penas. Por ejemplo, en España, el Código Penal castiga a los autores de ese crimen con la pena de reclusión de 12 a 30 años; en los Estados Unidos de América, la Ley Proxmire de 1987 establece una multa por un monto máximo de 1 millón de dólares acompañada o no, según el caso, de una pena de prisión que puede llegar a ser perpetua; en Panamá, el Código Penal establece una pena de 15 a 20 años de prisión, esto es, la pena máxima permisible en el sistema penal panameño; y en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la Ley sobre el Genocidio, de 1969, establece para los autores de infracciones graves una pena igual a la aplicable en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949, esto es, una pena de prisión que va de 14 años a prisión perpetua.

14. En cuanto al proyecto de artículo Z, el Sr. Illueca señala en primer término que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad exigen penas ejemplares, que reflejen el sentimiento de repudio de la comunidad internacional ante tales actos, y que tengan además un efecto disuasivo. La justicia no tiene, pues, sólo una dimensión de compasión y solidaridad con las víctimas: también debe tratar de remediar las causas de los sufrimientos de las víctimas y reparar los daños sufridos, además de impedir la proliferación de los verdugos. La sociedad no puede olvidar los crímenes contra la paz y la seguridad y es por ello que se han adoptado medidas para asegurar su imprescriptibilidad y facilitar la extradición de sus autores, negándoles sobre todo el derecho al asilo. Todo posible criminal debe saber que, si bien no se le aplicará la pena de muerte física, sufrirá la pena de muerte civil.

15. El Sr. Illueca aprueba el primer párrafo del proyecto de artículo Z, si bien considera que se debería agregar una disposición que prevea, además de la pena de prisión

[4] Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1967.

perpetua, las penas accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil.

16. En lo que respecta al segundo párrafo, el texto español debería armonizarse con los textos francés e inglés para que diga «Si hubiere circunstancias atenuantes». Por otra parte, aunque los crímenes que abarca el proyecto de código tienen características propias, todos se distinguen por ser de suma gravedad, lo que justificaría aplicar una pena más severa que la de prisión de 10 a 20 años que se estatuye en este párrafo. La disposición sería, pues, más aceptable redactada así: «Si hubiere circunstancias atenuantes, el acusado será condenado a una pena de prisión de 14 a 30 años».

17. El tercer párrafo suscita ciertas dificultades. La incautación o el decomiso de bienes robados no constituye una pena complementaria u opcional, de carácter facultativo: se trata de una pena accesoria que sigue a la pena principal como la sombra al cuerpo, como queda claramente demostrado en los trabajos del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana en 1990, que han dado lugar a las resoluciones 45/116 y 45/117 de la Asamblea General, en cuyos anexos figuraban, respectivamente, un Tratado modelo de extradición y un Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales junto con un Protocolo Facultativo relativo al producto del delito. El Sr. Illueca destaca al respecto que el Protocolo, en su párrafo 1, define el «producto del delito» como

> los bienes respecto de los cuales existen sospechas o la certeza judicial de que o bien son bienes derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito o bien representan el valor de los bienes y otras ganancias derivados de la comisión de un delito.

Recuerda además que la cláusula 5 del Protocolo prevé el procedimiento para ejecutar o permitir que se ejecute el auto en firme de decomiso o confiscación del producto del delito que haya dictado un tribunal del Estado requirente. Por su parte, el Tratado modelo de extradición contiene un artículo (artículo 13) relativo a la entrega de bienes, cuyo párrafo 1 dice:

> En la medida que lo permita la legislación del Estado requerido y a reserva de los derechos de terceros, que serán debidamente respetados, en el caso de que se conceda la extradición y a petición del Estado requirente, se entregarán todos los bienes hallados en el Estado requerido que hubiesen sido adquiridos de resultas de la comisión del delito o que pudieran requerirse como elementos de prueba.

18. En consecuencia, el tercer párrafo podría redactarse así:

> «La pena de prisión perpetua y la pena de prisión por un período determinado llevarán consigo la interdicción civil del penado y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la confiscación de los bienes y otros beneficios provenientes de la comisión del crimen. El valor de los bienes confiscados se destinará en primer término al resarcimiento de las víctimas del crimen, tal como se prevé en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, y el remanente se adjudicará al Programa Mundial de Alimentos.»

19. El Sr. EIRIKSSON recuerda sus reservas respecto de los artículos redactados por la Comisión. Sólo en la etapa de aprobación la Comisión sabrá realmente de qué textos dispone y podrá interrogarse acerca de su destino definitivo. Es de lamentar que en el actual período de sesiones la Comisión tal vez no tenga tiempo para examinar en primera lectura esos textos y, si bien ya tiene ante sí una serie completa de artículos, todavía no está clara la forma que adoptará el producto final.

20. La Comisión ha adelantado sus trabajos sin haber decidido la forma que revestirá su proyecto de artículos ni la manera de aprobarlo. Ahora bien, por la naturaleza del tema en general, y en particular de la cuestión del tribunal penal internacional, la Sexta Comisión no ha podido dar directrices claras a la CDI. El Sr. Eiriksson supone que en definitiva los textos aprobados revestirán la forma de un proyecto de convención internacional, parte del cual estará destinado al estatuto del tribunal penal internacional. Los Estados tendrán entonces la posibilidad de aprobar las disposiciones que les parezcan aceptables, y de pasar a una etapa ulterior si así lo acuerdan.

21. En la etapa actual, la Comisión debería ocuparse sin demora de los problemas pendientes respecto del tribunal penal internacional y, con este fin, el Sr. Eiriksson es partidario de que se reúna un grupo de trabajo encargado de un examen más a fondo de ciertas cuestiones planteadas en el anterior período de sesiones y de elegir entre las distintas opciones. Convendría que el grupo se reúna de manera informal para no reducir el tiempo asignado a los demás temas del programa.

22. En lo concerniente a las penas, el Sr. Eiriksson considera, en primer término, que el código debe contener una disposición al respecto y que esta cuestión no debe quedar entregada a la discreción del tribunal. En segundo término, como los crímenes de que se ocupa la Comisión no pasan de una docena, no debería ser imposible estatuir las penas aplicables en cada caso, si bien es cierto que, en principio, como todos son de una gravedad extrema, no es fácil diferenciar entre ellos, salvo por el hecho de que algunos artículos aprobados provisionalmente tratan de crímenes que, en definitiva, tal vez no figuren en el código.

23. En tercer término, como cuestión de principio, la Comisión debería excluir la pena de muerte. Tal vez convenga excluir también la pena de prisión perpetua, si bien el orador no tiene una opinión definitiva al respecto. Quizá la solución sea establecer una pena de prisión con indicación de un límite mínimo y un límite máximo para cada crimen. Además, se podría establecer un sistema de revisión de la pena una vez transcurrido un plazo determinado.

24. En cuarto lugar, la determinación de la pena debería quedar entregada a la decisión de la Conferencia de Estados que se convoque para aprobar el código. Por último, algunas observaciones hechas en el curso del debate hacen pensar al Sr. Eiriksson que convendría aplazar el examen de la cuestión de la adjudicación de los bienes que el acusado haya sustraído o de los que se haya apoderado ilegalmente —para no demorar los trabajos en marcha—, así como la cuestión de determinar si se ha de incluir o no entre las penas previstas el trabajo de interés general.

25. En resumen, la Comisión debería limitarse a establecer un marco para las penas, cuyos límites precisos se señalarían al aprobarse el código.

26. En lo que respecta a la cuestión de la competencia, considera, en primer término, que convendría establecer una competencia objetiva sobre la base de las disposiciones del código. Más tarde, la Comisión podrá examinar de nuevo este aspecto de la cuestión a la luz de los progresos que logre en sus trabajos.

27. En segundo término, sólo los Estados partes en el estatuto del tribunal podrían ejercitar la acción penal. De entenderse que el párrafo 2 del proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal exige el consentimiento de otros Estados, para que el tribunal sea competente bastaría el consentimiento de un Estado que esté comprendido en alguna de las cuatro categorías mencionadas en el apartado *c* del párrafo 135 del informe de la Comisión sobre su 42.° período de sesiones (A/45/10)[5]. En la práctica, el Estado en cuyo territorio se encuentre el acusado también deberá otorgar su consentimiento puesto que, en opinión del orador, el juicio en rebeldía es improcedente.

28. En tercer término, el Sr. Eiriksson no puede aceptar por ahora el párrafo 4 del proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal. En cambio, celebraría que el párrafo 5 relativo a la interpretación de las disposiciones del derecho penal internacional fuera objeto de mayor elaboración.

29. Por último, mantiene sus reservas en cuanto a la estructura del artículo 12 (Agresión)[6], aprobado provisionalmente por la Comisión en su 40.° período de sesiones, sobre todo en lo que respecta al papel del Consejo de Seguridad en la determinación del crimen. El párrafo 2 del proyecto de disposición sobre la acción penal, que en realidad no trata de cuestiones de procedimiento, debería examinarse a la luz del artículo 12, pero en el comentario debe quedar en claro que el ejercicio de la acción penal está condicionado a una decisión especial del Consejo de Seguridad. No obstante, en razón de sus reservas al artículo relativo a la agresión, no desea por ahora fijar su posición al respecto.

30. El Sr. THIAM (Relator Especial), resumiendo el debate sobre el tema 4 del programa, observa que su informe ha dado lugar a un intercambio de opiniones muy animado e instructivo. Antes de analizar sumariamente las observaciones sobre cuestiones concretas señaladas en ese documento, desea expresar su punto de vista sobre algunas cuestiones de carácter general que se han planteado.

31. Las opiniones están divididas en cuanto a la forma en que la Comisión debería acoger la resolución 45/41 de la Asamblea General. Algunos miembros consideran que la Comisión debe dar a la Asamblea un ultimátum señalándole que, a falta de un mandato más claro, no podrá adelantar sus trabajos. Otros convienen en que la elaboración del proyecto de estatuto del tribunal penal internacional debe comenzar de inmediato, sin esperar directrices más precisas de la Asamblea. Por último, hay quienes prefieren una solución intermedia, con la cual está de acuerdo, a saber, pedir a la Asamblea que exprese más claramente su voluntad, sin suspender por ello los trabajos de la Comisión en esta esfera.

32. Tampoco hay unanimidad sobre la inclusión en el código de disposiciones relativas a las penas. En opinión de algunos miembros, la determinación de las penas aplicables es una cuestión que corresponde tratar a los órganos políticos y no a la Comisión. Evidentemente, no comparte ese punto de vista. A su juicio, la Comisión puede hacer proposiciones sobre la aplicación de las penas y aun sugerir penas concretas, sin que ello signifique desconocer las prerrogativas de los órganos políticos, concretamente de los Estados que, en última instancia, son los llamados a decidir. Si la Comisión no examina este aspecto de la cuestión, se expone a las mismas críticas que se hicieron a los autores del proyecto de código de 1954 por haber elaborado disposiciones relativas a crímenes no acompañadas de sanciones, sin tener en cuenta el principio *nulla poena sine lege*.

33. Al pasar a referirse a las reacciones suscitadas por la primera parte de su informe, y especialmente por el proyecto de artículo relativo a las penas aplicables, observa que las posiciones al respecto son muy categóricas. Algunos miembros de la Comisión consideran que, a la luz de la evolución del derecho internacional, la pena de muerte es obsoleta y no tendría cabida, y señalan que aun en los países que todavía no la han abolido rara vez se aplica. Otros miembros se oponen aún a la pena de prisión perpetua. En su opinión, esto sería ir demasiado lejos. No debe dejar de tenerse en cuenta que por su gravedad excepcional los crímenes previstos en el código exigen un régimen excepcional, hecho que, por lo demás, la Comisión reconoce en la medida en que, haciendo excepción a un principio del derecho penal, declara que esos crímenes son imprescriptibles y excluye toda circunstancia eximente de responsabilidad, por ejemplo la coacción. Si en el proyecto de artículo no se señala entre corchetes la pena de muerte, al menos debe mantenerse la de prisión perpetua.

34. En cuanto a las circunstancias agravantes, que, como ha señalado un miembro de la Comisión, son comunes en el derecho penal de todos los países, después de ciertas consideraciones prefiere dejar de lado ese concepto por la sencilla razón de que es difícil concebir esas circunstancias en este caso, dada la gravedad de los crímenes de que se trata.

35. En materia de penas ha propuesto una disposición general aplicable a todos los crímenes de que trata el código porque, a su juicio, en razón de su extremada gravedad, esos crímenes están en un plano de igualdad. Pero esta disposición no es tan rígida como parece porque, al admitirse las circunstancias atenuantes, el juez tendrá siempre la posibilidad de graduar la pena. Sin embargo, en atención a las observaciones formuladas durante el debate, ha redactado dos nuevas versiones del proyecto de artículo Z, más flexibles, que presenta a la Comisión:

VARIANTE A

El reo de uno de los crímenes penados en el presente código será condenado a la [pena de reclusión perpetua] pena de reclu-

[5] *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte).

[6] Véase 2208.ª sesión, nota 5.

sión de 15 a 35 años, no susceptible de conmutación, sin perjuicio, si el Tribunal lo estimare necesario, de las demás condenas siguientes:

1. Trabajos de interés general;

2. Comiso total o parcial de bienes;

3. Privación de algunos o de todos los derechos cívicos y políticos.

VARIANTE B

1. El Tribunal podrá aplicar una de las penas siguientes:

[*a*) la reclusión de por vida;]

***b*) la reclusión de 10 a 35 años, no susceptible de conmutación.**

2. Además, el Tribunal podrá decretar:

***a*) trabajos de interés general;**

***b*) el comiso total o parcial de bienes;**

***c*) la privación de algunos o de todos los derechos cívicos y políticos.**

36. En lo que concierne a la incautación de bienes, el Relator Especial reconoce que la formulación propuesta en el texto del proyecto de artículo Z no es plenamente satisfactoria. Quizás sea preferible la incautación total de los bienes para que esta medida no tenga el carácter de indemnización; cuando corresponda, la parte perjudicada deberá entablar la demanda de indemnización.

37. La cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional ha dado lugar a un debate particularmente animado. Las disposiciones propuestas sobre ese tema han suscitado una gran polémica, pero ello ha permitido a la Comisión examinar a fondo esta cuestión, como le había solicitado la Asamblea General.

38. Al participar en cuanto Relator Especial en los debates de la Asamblea General pudo observar que la aprobación de la resolución 45/41 exigió difíciles negociaciones y que el texto presentado por algunos países del tercer mundo debió modificarse sustancialmente para que fuera aceptable. Se equivocan quienes consideran que la Asamblea está ahora en condiciones de encomendar a la Comisión el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, puesto que varios Estados se oponen decididamente al establecimiento de este tribunal.

39. A la luz de esa realidad, ha propuesto algunas disposiciones con el simple propósito de que la Comisión reflexione, pero no el de tratar de imponer su opinión personal o sus criterios. En lo que respecta al proyecto de disposición relativo a la acción penal, ha llegado aun a desempeñar el papel de abogado del diablo. En efecto, es conocida su posición respecto de la competencia del Consejo de Seguridad en esta materia.

40. El debate sobre la jurisdicción del tribunal penal internacional pone de manifiesto dos grandes tendencias. Algunos miembros opinan que el tribunal penal internacional debería tener jurisdicción concurrente con las jurisdicciones nacionales. Otros prefieren una solución más flexible, en cierto modo, una distribución de competencia: el tribunal internacional tendría jurisdicción exclusiva respecto de los crímenes de gravedad extrema y jurisdicción concurrente con las jurisdicciones nacionales respecto de los demás crímenes de que trata el código. Por su parte, considera que esta solución es adecuada. En efecto, le parece que los Estados pueden aceptar un reconocimiento de la jurisdicción exclusiva del tribunal respecto del genocidio, que es, por excelencia, un crimen de derecho internacional de extrema gravedad, y respecto de otros crímenes como el *apartheid* o quizá el tráfico ilícito de estupefacientes. Ningún miembro ha propuesto que se atribuya al tribunal penal internacional competencia exclusiva respecto de todos los crímenes de que trata el código, solución que, por lo demás, sería ilusoria puesto que manifiestamente los Estados no están dispuestos a aceptar esta transferencia de jurisdicción.

41. Un miembro de la Comisión ha impugnado decididamente el concepto de atribución de competencia. A juicio de ese miembro, como los crímenes de que se trata son tales en virtud del derecho internacional, no cabría impugnar el derecho del tribunal penal internacional a enjuiciar a sus autores; es más, ningún Estado podría considerarse facultado para atribuir competencia al tribunal respecto de esos crímenes: esa atribución debería ser automática en el caso de los crímenes que son tales en virtud del derecho internacional. Este razonamiento parece basarse en una confusión. La tipificación del crimen es una cosa y otra muy distinta la jurisdicción. El hecho de que un crimen esté tipificado en el derecho internacional no significa automáticamente que los Estados dejen de tener el derecho de enjuiciar a los responsables. Nada impide que un Estado reconozca como tal un crimen tipificado en el derecho internacional, lo incorpore en su derecho interno y enjuicie a los autores con arreglo a sus propias normas de procedimiento.

42. Cuando se comete un crimen contra la paz o la seguridad de la humanidad, siempre hay ciertos Estados directamente interesados, ya se trate del Estado en el que se ha cometido el crimen, el Estado contra el cual se ha dirigido el crimen o cuyos nacionales han sido las víctimas, o bien el Estado de la nacionalidad del autor del crimen, pero sería ciertamente impensable afirmar que por ser un crimen de derecho internacional esos Estados no tienen derecho a juzgarlo.

43. En el párrafo 1 de su posible proyecto de disposición sobre competencia del tribunal propone, pues, el principio de la competencia del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen. Esta proposición no ha sido bien acogida y en particular el Sr. Pellet (2209.ª sesión) la rechazó argumentando que en el derecho penal internacional no rige el principio de la territorialidad sino el de la jurisdicción universal. Por su parte, tiene serias dudas en cuanto a la exactitud de esa aseveración. No obstante su atractivo, el principio de la jurisdicción universal, que en general goza de apoyo en la doctrina pero que desde la época de Grocio no logra realmente imponerse en la práctica, plantea una serie de obstáculos de orden material y práctico —por ejemplo, en lo que respecta a la reunión de pruebas— y, en el presente caso, no puede constituirse en regla o principio fundamental.

44. De hecho, en la mayoría de las convenciones internacionales pertinentes —por ejemplo, las relativas a la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, o bien a la represión del secuestro ilícito de aeronaves o bien al terrorismo— el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen figura en primer lugar en la enumeración de Estados competentes para el conoci-

miento de esos crímenes. Cherif Bassiouni, autor de un proyecto de código penal internacional, va todavía más lejos que la Comisión en cuanto establece un orden de prioridad entre las jurisdicciones de los Estados interesados en un artículo titulado «Competencia», cuyo texto es el siguiente:

Sección 1. *Criterios de competencia*

1.1. La competencia relativa a la persecución y represión de los crímenes y delitos internacionales definidos por este Código [Parte Especial] tendrá lugar en el orden siguiente:

a) la Parte Contratante en cuyo territorio se realice el crimen en todo o en parte;

b) cualquier Parte Contratante de la que el acusado sea nacional;

c) cualquier Parte Contratante de la que la víctima sea nacional;

d) cualquier otra Parte Contratante en cuyo territorio pueda encontrarse el acusado.

En el comentario, el autor señala que:

El enfoque seguido en este artículo es el de la jerarquía de competencias represivas reconocida por la teoría y la práctica del derecho internacional. El primer criterio, apartado *a*, es el de la competencia territorial. Tanto razones políticas como la propia práctica internacional favorecen la adopción de este criterio por entender que el sistema judicial del Estado en el que se cometió el acto es el que se encuentra mejor colocado para enjuiciarlo [...]. A continuación, y según el orden impuesto por su respectiva aceptación internacional, se encuentran los criterios de nacionalidad, personalidad pasiva y universalidad[7].

45. Por su parte, al mencionar los Estados que deben atribuir competencia, ha preferido no incluir al Estado en que se encuentra el presunto autor del crimen porque, de conformidad con el artículo 4 (Obligación de juzgar o de conceder la extradición) aprobado provisionalmente por la Comisión[8], ese último Estado está en la obligación de juzgarlo o de conceder su extradición.

46. No obstante, considera que sería útil establecer un cierto orden de prioridad respecto de los demás Estados interesados, lo que contribuiría también al adelanto de la ciencia del derecho penal internacional. En todo caso, para que el tribunal internacional esté habilitado para juzgar, es indispensable la atribución de competencia por el Estado en el que se ha cometido el crimen, que es el Estado competente según la práctica internacional.

47. Respecto de la cuestión de la acción penal, reitera que el proyecto de disposición propuesto es una mera hipótesis de trabajo. En cuanto a la expresión «acción penal», que puede referirse tanto al derecho de presentar una denuncia como al derecho de enjuiciamiento que incumbe a las autoridades pertinentes de los Estados, aclara que en la presente disposición esa expresión se entiende referida únicamente al derecho de actuar como parte o de presentar una denuncia ante el tribunal penal internacional. La acción penal se distingue, pues, de la acción pública. Al igual que otros miembros de la Comisión, considera que el ejercicio de la acción penal debe corresponder no sólo a los Estados (excluidas las personas), sino también a las organizaciones internacionales, idea que por lo demás no es nueva.

48. En cuanto a la importante cuestión del papel del Consejo de Seguridad, comprende perfectamente la viva oposición que ha suscitado, especialmente de parte del Sr. Illueca, cuya opinión comparte en cierta medida. No obstante, la hipótesis de la acción de un órgano político no es absurda y se plantea en varios proyectos presentados en el pasado. Por ejemplo, antes de la segunda guerra mundial, un proyecto de estatuto para el establecimiento de una sala de lo penal en la CPJI —presentado por el Sr. Vespasien V. Pella y aceptado por la Asociación Internacional de Derecho Penal— estatuía que la acción penal internacional sería ejercida por el «Consejo de la Sociedad de las Naciones», expresión sustituida posteriormente por la de «Consejo de Seguridad». Evidentemente, la actuación del Consejo de Seguridad en el pasado justifica ciertos prejuicios a su respecto pero, como observó el Sr. Pawlak (2212.ª sesión), el Consejo ha cambiado y el estancamiento que durante tanto tiempo lo afectó no se debe a un vicio inherente sino a la guerra fría existente en aquel entonces.

49. La Comisión ha examinado ya hace algunos años la cuestión del papel del Consejo de Seguridad, en sus diversas hipótesis[9]. Primeramente, la de que el Consejo, por ejemplo, establezca claramente la existencia de un crimen de agresión, en cuyo caso sería difícil que un tribunal penal internacional declare lo contrario, no por estar subordinado al Consejo de Seguridad sino simplemente por evitar un conflicto entre el Estado denunciante y el Estado contra el cual se presenta la denuncia. Otra hipótesis es la del ejercicio del derecho de veto, pero el Sr. Thiam observa que el veto no priva a un Estado de la posibilidad de recurrir a un tribunal penal internacional. El veto no constituye una decisión: en cierto modo, es la negativa a examinar un problema. En consecuencia, no impide la presentación de una denuncia ante el tribunal penal internacional ni se opone a su competencia. La última hipótesis es la de que el Consejo de Seguridad no adopte ninguna decisión dado que, en última instancia, es un órgano de negociación. Pero tampoco el silencio del Consejo impedirá que el tribunal penal internacional conozca de un asunto.

50. Por consiguiente, el papel del Consejo de Seguridad en la acción penal no plantea problemas, salvo en el primer caso. Pero el Relator Especial no duda de que la Comisión será capaz de dar a esos problemas una solución inteligente y razonada, que tenga en cuenta el nuevo clima político.

51. El Sr. BARSEGOV dice que es necesario formular algunas aclaraciones en relación con los comentarios que ha hecho el Relator Especial sobre lo que supone han sido sus propias observaciones. En su opinión, los crímenes de derecho internacional constituyen una categoría particular y no todos ellos deben quedar sometidos automáticamente a la jurisdicción del tribunal penal internacional.

52. Por su parte, está dispuesto a admitir la competencia exclusiva del tribunal penal internacional respecto de algunos de esos crímenes, por ejemplo los que estén tipificados en convenciones internacionales con arreglo a las cuales sus actores deben ser juzgados por un tribunal in-

[7] C. Bassiouni, *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 172.

[8] Para el texto del artículo y el comentario correspondiente, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 73 y 74.

[9] Véase *Anuario... 1988*, vol. I, sesiones 2053.ª a 2061.ª y 2085.ª.

ternacional, como el crimen de genocidio. En cuanto a los demás crímenes, la atribución de competencia al tribunal penal internacional sólo sería aconsejable en el caso de que los tribunales nacionales se declararan incompetentes.

53. Dicho de otro modo, no está de acuerdo con el proyecto propuesto por el Relator Especial porque ese texto parece establecer el principio de que un tribunal nacional que se declara incompetente no puede remitir el asunto al tribunal penal internacional.

54. El Sr. NJENGA considera que el nuevo texto del proyecto de artículo Z presentado por el Relator Especial, que contiene ideas originales, no puede remitirse al Comité de Redacción antes de que se examine en sesión plenaria.

55. El Sr. AL-KHASAWNEH, observando que la Comisión está llamada a legislar para un mundo que no comparte las mismas concepciones respecto de la pena de muerte, considera prematuro adoptar una posición definitiva sin que los Estados interesados tengan la posibilidad de decidir libremente. Después de todo, la pena de muerte es la pena prevista para ciertos crímenes: por ejemplo, el artículo 2 del Protocolo N.° 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales[10] relativo a la abolición de la pena de muerte dispone que un Estado puede prever en sus leyes la pena de muerte respecto de actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra. El hecho de reconocer a los Estados esta facultad discrecional no infringiría el principio *nulla poena sine lege*: bastaría que el código señalara la gravedad de los crímenes de que se trata, y que incluyera una disposición de carácter general a fin de que esos crímenes se castiguen con una pena proporcionada a su gravedad.

56. El Sr. PAWLAK sigue considerando que la Comisión no debe incorporar en el código una disposición general sobre las penas sino más bien una pena para cada crimen.

57. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ desea señalar dos cuestiones en relación con el resumen del Relator Especial y sus explicaciones algo contradictorias sobre el papel del Consejo de Seguridad. En primer término, en el supuesto de que el Consejo de Seguridad determine que se ha cometido un crimen de agresión y que el tribunal penal internacional declare que no se ha cometido ningún crimen, cabría preguntarse por qué se ha consultado al Consejo si su opinión no ha de tener efecto. En segundo término, ¿qué sucedería en el caso contrario, de que el Consejo de Seguridad determine que no se ha cometido un crimen de agresión y el tribunal penal internacional declare que existe crimen? ¿Cuál será la reacción del tribunal penal internacional y de la comunidad internacional? A este respecto, el Sr. Díaz González recuerda la observación del Sr. Pellet (2209.ª sesión) en relación con el fallo emitido por la CIJ en el asunto entre *Nicaragua* y los *Estados Unidos de América*.

58. Por su parte, considera que incumbe al tribunal penal internacional determinar si un acto constituye crimen y fallar sobre el fondo, independientemente de la opinión de cualquier otro órgano de las Naciones Unidas. En todo caso, la administración de justicia no debe subordinarse a un órgano ajeno al poder judicial. La independencia y la libertad de los tribunales son garantía de justicia e imparcialidad.

59. El Sr. THIAM (Relator Especial), presentando excusas por no haber podido referirse a todas las observaciones hechas, reconoce que el Sr. Al-Khasawneh ha formulado reservas respecto de la no inclusión de la pena de muerte en el proyecto de artículo sobre las penas. En el informe de la Comisión a la Asamblea General se señalará que dos o tres miembros han expresado sus reservas al respecto.

60. En lo que respecta al papel del Consejo de Seguridad, problema difícil que la Comisión necesariamente deberá solucionar, reitera que *a priori* no tiene una posición definitiva y no desea proponer soluciones sino entablar el debate.

61. En cuanto a la oposición del Sr. Njenga a que el nuevo texto del proyecto de artículo Z se remita al Comité de Redacción antes de su examen en sesión plenaria, no tiene inconveniente en aceptar un debate si la Comisión así lo acuerda.

62. El Sr. FRANCIS dice que, habida cuenta de la lista de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborada hasta el presente, cuando se presente una denuncia respecto de esos crímenes el tribunal no tendrá por qué pedir al Consejo de Seguridad que compruebe la comisión del crimen ni siquiera en el caso de un acto de agresión. De otro modo, ¿qué sentido tiene esta lista?

63. El Sr. AL-BAHARNA, si bien reconoce que el Relator Especial ha tenido poco tiempo para preparar el resumen del debate, recuerda que, por su parte, también expresó reservas sobre la cuestión de la pena de muerte aunque no tiene una posición definitiva al respecto. En cuanto a la posibilidad de recurrir al tribunal para que conozca de un asunto, como ya ha señalado, considera que ella debe darse no sólo a los Estados sino también a las organizaciones intergubernamentales y a las personas. En lo que respecta al Consejo de Seguridad, se opone decididamente a que se le asigne cualquier papel en la administración de justicia. En cuanto órgano judicial, el tribunal penal internacional debe ser independiente y adoptar libremente sus decisiones, cualquiera que sea la posición del Consejo de Seguridad en lo que respecta, por ejemplo, a la cuestión de la agresión o la amenaza de agresión. Por último, observa que, si bien algunos miembros de la Comisión son partidarios de que se establezcan penas fijas para cada crimen, la mayoría prefiere una disposición de carácter general que señale la pena máxima y la mínima.

Se suspende la sesión a las 11.40 horas y se reanuda a las 12.10 horas.

El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación [A/CN.4/436[11], A/CN.4/L.456, secc. D, A/CN.4/L.458 y Corr.1 y Add.1, ILC(XLIII)/Conf.Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

[10] Véase 2211.ª sesión, nota 9.

[11] Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

PARTE I DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS:

ARTÍCULO [1] [2] (Términos empleados)

64. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su séptimo informe (A/CN.4/436) sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

65. El Sr. MCCAFFREY (Relator Especial) dice que su informe trata fundamentalmente del empleo de términos y en particular de la cuestión de la definición del término «curso de agua internacional» y del concepto de «sistema». A fin de que la Comisión aproveche lo más posible el tiempo de que dispone, sugiere que no se examine la cuestión del arreglo de controversias, pendiente desde el último período de sesiones, y que el debate se centre en el concepto de «sistema». Por su parte, está convencido de que la única base posible para el proyecto de artículos es la realidad hidrológica, esto es, que un curso de agua es un sistema de componentes hidrográficos relacionados entre sí y que un curso de agua internacional es un curso de agua cuyos componentes están situados en dos o más Estados.

66. El informe contiene una propuesta relativa a la estructura de la parte I del proyecto de artículos así como dos textos alternativos para el artículo sobre los términos empleados, que llevará el número «1» o el «2», según la decisión que la Comisión adopte sobre la cuestión de la estructura a que se refiere el mencionado informe. Los textos propuestos son los siguientes:

Artículo [1] [2].— Términos empleados

VARIANTE A

A los efectos de los presentes artículos:

***a*) se entiende por «sistema de un curso de agua» un sistema de aguas formado por componentes hidrográficos, incluidos ríos, lagos, aguas subterráneas y canales, que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario;**

***b*) se entiende por «sistema de un curso de agua internacional» el sistema de un curso de agua, algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;**

***c*) se entiende por «Estado del [sistema de un] [curso de agua]» un Estado en el territorio del cual se encuentra parte del sistema de un curso de agua internacional.**

VARIANTE B

A los efectos de los presentes artículos:

***a*) se entiende por «curso de agua» un sistema de aguas formado por componentes hidrográficos, incluidos ríos, lagos, aguas subterráneas y canales, que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario;**

***b*) se entiende por «curso de agua internacional» un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;**

***c*) se entiende por «Estado del [sistema de un] [curso de agua]» un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional.**

67. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que el séptimo informe, a semejanza de los anteriores, se apoya en un trabajo de investigación acucioso, aun cuando la información que contiene, por interesante que sea desde el punto de vista de la hidrología, no siempre tiene relación directa con el tema que se examina.

68. En cuanto a la definición del término «curso de agua internacional», el Relator Especial recomienda que se adopte nuevamente la hipótesis de trabajo aprobada anteriormente por la Comisión[12], a excepción del último párrafo, que decía lo siguiente:

> Las partes de las aguas que se encuentren en un Estado, en la medida en que no resulten afectadas por los usos de las aguas en otro Estado o que no afecten a éstos, no se considerarán incluidas en el sistema del curso de agua internacional. Así pues, el sistema es internacional en la medida en que los usos de las aguas del sistema se influyen recíprocamente, pero sólo en esa medida; por lo tanto, el carácter internacional del curso de agua no es absoluto, sino relativo.

El Sr. Calero Rodrigues no tiene inconveniente en que se deje de lado la noción del «carácter internacional relativo» de los cursos de agua, que, en efecto, es un concepto extraño. No obstante, es un hecho que los artículos elaborados sobre la base de esa hipótesis de trabajo se aplicarán a los cursos de agua internacionales sólo en ciertos casos: cuando las aguas que se encuentren en un Estado resulten afectadas por los usos de las aguas en otro Estado o afecten a éstos.

69. En lo que respecta al concepto de sistema de curso de agua, el Relator Especial hace una distinción de dudoso interés jurídico entre los elementos permanentes del sistema, como ríos, sus tributarios y aguas subterráneas, y los elementos que pueden o no estar presentes, como lagos, embalses, canales y glaciares. Asimismo, en lo que respecta a las aguas subterráneas —a las que destina una parte importante del informe—, distingue también entre las aguas subterráneas «libres», normalmente relacionadas con aguas de superficie, y las aguas subterráneas «confinadas», que normalmente no están asociadas a aguas de superficie, y señala varias convenciones aplicables a ambas categorías. Tras analizar las reglas sobre aguas subterráneas internacionales aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en la conferencia celebrada en Seúl en 1986, llega a la conclusión de que el criterio adoptado por ese organismo «prestaría apoyo a la posición de que las aguas subterráneas deben incluirse en los proyectos de artículos de la Comisión, estén o no relacionadas con las aguas superficiales». Por su parte, considera que varias razones desaconsejan que se amplíe el ámbito de aplicación del proyecto de artículos a las aguas subterráneas confinadas (acuíferos). La primera es una cuestión de vocabulario: es difícil pensar que el término «curso de agua» abarque la categoría de las aguas subterráneas. Pero otra razón todavía más importante es que las disposiciones del proyecto de artículos, en su forma actual, no tienen en cuenta los problemas inherentes a las aguas subterráneas confinadas y, por lo tanto, no podrían aplicarse a esas aguas. La Comisión debería, pues, limitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículos a las aguas subterráneas libres, relacionadas con aguas superficiales, sin perjuicio de señalar a la atención de la comunidad internacional la utilidad de un instrumento relativo a las aguas subterráneas.

70. Por otra parte, para evitar todo problema de aplicación, está de acuerdo con el Relator Especial en que se

[12] Adoptada por la Comisión en su 32.° período de sesiones, en 1980. Véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 105, párr. 90.

debe definir no sólo el término «curso de agua internacional» sino también el de «curso de agua».

71. El concepto de «sistema» que propugna el Relator Especial es aceptable siempre que se defina claramente. Pero, en lugar de emplear la expresión «sistema de un curso de agua», como en la alternativa A del proyecto de artículo, convendría decir, como en la alternativa B, que «se entiende por ''curso de agua'' un sistema de aguas». Así, el concepto de sistema podrá incorporarse en el proyecto de artículos sin necesidad de modificar el título general.

72. En cambio, no le parece apropiada la referencia hecha en las dos variantes del proyecto de artículo a los «componentes hidrográficos, incluidos ríos, lagos, aguas subterráneas y canales, que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario». En cierto modo, esta definición es contraria al principio fundamental de la unidad del sistema, que es necesario destacar. Es más, la existencia de una «relación física» entre esos componentes hidrográficos, para emplear la expresión utilizada por el Relator Especial, no basta para que constituyan un conjunto unitario. El flujo de una parte de las aguas del Danubio hacia la cuenca hidrográfica del Rin, que dio lugar al célebre asunto del *Donauversinkung*[13], ilustra un caso de relación física entre dos ríos. ¿Pero cómo podría sostenerse que el Rin y el Danubio constituyen un solo curso de agua? Esta importante cuestión deberá examinarse más adelante.

Se levanta la sesión a las 13.20 horas.

[13] *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung, Staatsgerichtshof* alemán, 18 de junio de 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Berlín, vol. 116, apéndice, págs. 18 y ss.

2214.ª SESIÓN

Viernes 24 de mayo de 1991, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Abdul G. KOROMA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[1] *(continuación)* [A/CN.4/435 y Add.1[2], A/CN.4/L.456, secc. B, A/CN.4/L.459 y Corr.1 y Add.1, ILC(XLIII)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 4 del programa]

NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)*

ARTÍCULO Z *y*

COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL[3] *(conclusión)*

1. El Sr. THIAM (Relator Especial) desea hacer algunas observaciones para complementar la exposición hecha en la sesión precedente, antes de que la Comisión adopte una decisión sobre el proyecto de artículo Z . Señala, en particular, que los miembros que han expresado reservas acerca de la abolición de la pena de muerte, así como los que prefieren penas específicas para cada crimen o un sistema más flexible de sanciones que establezca una pena máxima y una mínima, pueden tener la certeza de que se ha tomado debida nota de sus observaciones.

2. En cuanto a la competencia del tribunal para conocer de apelaciones, se opone decididamente a toda forma de ordenamiento jerárquico que dé al tribunal una posición más elevada que a las jurisdicciones nacionales. El tribunal internacional podría actuar como tribunal de apelación sólo en dos casos hipotéticos: cuando un crimen esté tipificado en el código como crimen ordinario y no como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y, quizá, cuando el Estado víctima o el Estado del que es nacional la víctima tengan motivos para considerar que la pena es manifiestamente desproporcionada en relación con la naturaleza odiosa del delito. Tal vez sería razonable que esos casos hipotéticos se tuvieran en cuenta si un Estado enjuiciara a sus propios nacionales por crímenes cometidos en el extranjero, pero los casos de ese tipo son raros y probablemente se evitarían estableciendo un sistema de cooperación entre los Estados afectados por el delito, como ha sugerido el Sr. Graefrath (2208.ª sesión).

3. En relación con la competencia del tribunal en materia de revisión, una lectura atenta de su informe muestra que el caso en él previsto —de que el tribunal esté facultado para revisar o anular determinadas decisiones de los tribunales nacionales— es sólo hipotético. Es plenamente consciente de que, en principio, la revisión de una decisión es de la competencia del tribunal que la ha adoptado y sólo en el caso de que surjan hechos nuevos. Por ello, le es difícil entender la posición tan vehemente adoptada por el Sr. Razafindralambo (2211.ª sesión) res-

[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.° 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... 1991*, vol. II (primera parte).

[3] Para el texto del proyecto de artículo Z y de los proyectos de posibles disposiciones sobre la competencia de un tribunal penal internacional y sobre la acción penal, véase 2207.ª sesión, párr. 3.